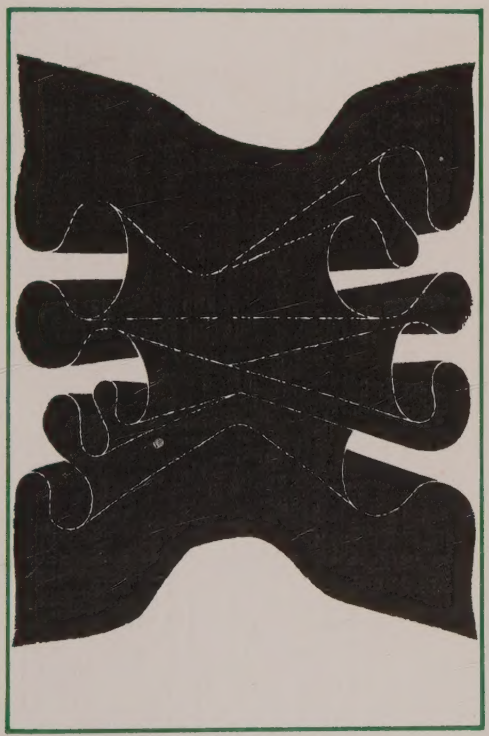
Hans-Joachim Keyser

BEFRISTETE ARBEITSVERTRÄGE

Mit einer systematischen Zusammenstellung der Fallgruppen eines ausreichenden sachlichen Grundes



Wissenschaftliche Reihe
Band 25
B. Kleine Verlag

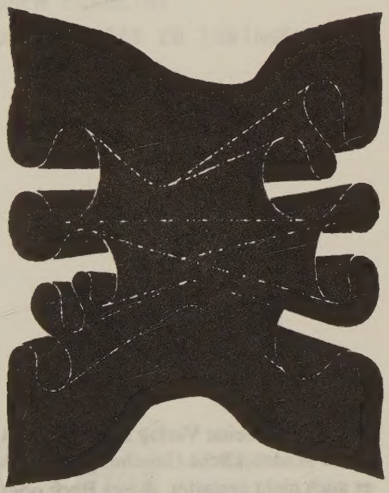
Diss. Tübingen
1983

[illegible]

Hans-Joachim Keyser

BEFRISTETE ARBEITSVERTRÄGE

Mit einer systematischen Zusammenstellung der Fallgruppen eines ausreichenden sachlichen Grundes



Wissenschaftliche Reihe
Band 25
B. Kleine Verlag

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Hans-Joachim Keyser:
Befristete Arbeitsverträge
– mit einer systematischen Zusammenstellung der Fallgruppen eines ausreichenden sachlichen Grundes –
Wissenschaftliche Reihe Band 25

Bielefeld: Kleine Verlag
ISBN 3-88302-069-9

Copyright: Kleine Verlag Bielefeld 1984
Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es auch nicht gestattet, dieses Buch oder Teile daraus auf photomechanischem Wege (Photokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.
Druck und Herstellung: Blitzdruck Kleine GmbH, Bielefeld, Tel. 0521/173197

BEFRISTETE ARBEITSVERTRÄGE
- MIT EINER SYSTEMATISCHEN ZUSAMMENSTELLUNG DER FALLGRUPPEN EINES AUSREICHENDEN SACHLICHEN GRUNDES -

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE DER
JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER EBERHARD-KARLS-UNIVERSITÄT ZU TÜBINGEN

VORGELEGT VON
HANS-JOACHIM KEYSER
AUS PFULLINGEN
1984

BLITZDRUCK BIELEFELD

Dekan: Professor Dr. Egbert Peters
1. Berichterstatter: Professor Dr. Wolfgang Zöllner
2. Berichterstatter: Professor Dr. Dieter Reuter
Tag der mündlichen Prüfung: 25. November 1983

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einleitung	1
A. Definition	1
B. Verbreitung von Befristungen	1
C. Grundsätzliche Problematik	2
D. Schwerpunkte dieser Arbeit und noch verbleibende Lücken	6
I. Schwerpunkte dieser Arbeit	6
II. Verbleibende Lücken	9
1. Teil: Der ausreichende sachliche Grund als Angelpunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge	14
A. Meinungsstand zur Frage der Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge	14
I. Rechtsprechung	14
1. Reichsarbeitsgericht (subjektive Gesetzesumgehung)	14
2. Landesarbeitsgerichte von 1945 bis zur Errichtung des BAG 1954	16
a) Subjektive Gesetzesumgehung	16
b) Fürsorgepflichtverletzung	17
c) Analogie zu § 123 BGB (LAG Stuttgart)	17
d) Unzulässigkeit von Befristungen bei Dauerarbeitsplätzen (LAG Freiburg)	18
e) Objektive Gesetzesumgehung	19
3. Bundesarbeitsgericht (Sozialstaatsprinzip, objektive Gesetzesumgehung, sachlicher Grund)	20
a) Rechtsprechung des BAG	20
b) Kritik der Literatur und Stellungnahme hierzu	24
II. Literatur	28
1. Unzulässigkeit befristeter Arbeitsverträge (Linder 1975, Dammann 1978)	29

Seite

a) Literatur 29
b) Stellungnahme 30
2. Keine Einschränkungen der Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge (E. Wolf/van Gelder 1970) 33
3. Dogmatische Begründungsversuche der Literatur für das nach der Rechtsprechung bestehende Sachgrunderfordernis 34
a) Restriktive Auslegung des § 620 BGB (Wiedemann/Palenberg 1977) 34
b) Fürsorgepflichtverletzung (A. Hueck, Nikisch) 35
c) Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit (M. Wolf 1970, Schröter 1972) 37
d) Analogie zu § 315 BGB (Söllner 1966, Böhm 1971) 40
e) Verbindung von objektiver Umgehung und § 315 BGB (Hillebrecht 1981) 42
aa) Auffassung von Hillebrecht 42
bb) Stellungnahme 43
f) Gewohnheitsrecht (Gamillscheg 1974) 44
g) Richterrecht (Aufderhaar 1976) 44
h) Sachlicher Grund bei den Befürwortern einer Analogie zum Kündigungsschutz 45
4. Analoge oder unmittelbare Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften 45
a) Analogie nur bei fehlendem Sachgrund (Bötticher 1955, Kraft 1966, Blomeyer 1967, Schwerdtner 1980) 46
b) Analoge oder unmittelbare Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften bei allen Fristverträgen unter Verzicht auf das Sachgrunderfordernis 48
aa) Eine analoge Anwendung von allen Kündigungsschutzvorschriften wird nicht vertreten 49

Seite

bb) Anwendung nur eines Teils des für befristete Arbeitsverträge geltenden Kündigungsschutzes auf die Nichtweiterbeschäftigung nach Auslaufen eines befristeten Arbeitsvertrages (Grotheer 1973, Kempff 1976, LAG Düsseldorf 1977, Otte 1980) 50
α) Befürworter dieser Lösung 50
β) Kritik in Rechtsprechung und Literatur 52
γ) Stellungnahme 54
cc) Unmittelbare Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (Koch 1978) 59
α) Die Meinung von Hartmut Koch 59
β) Literatur 60
γ) Stellungnahme 61
c) Analogie nur für die Auswahlentscheidung, welches von mehreren ausgelaufenen befristeten Arbeitsverhältnissen fortzusetzen ist (Gamillscheg 1962) 63
5. Auffassungen, die auf die Sicht des Arbeitnehmers abstellen 64
a) Vertrauen auf die Verlängerung des Fristvertrages bei Kettenverträgen (Molitor 1954, Höfl 1955) 64
aa) Molitor 64
bb) Höfl 65
b) Unzulässigkeit der Befristung bei aus der Sicht des Arbeitnehmers beabsichtigtem Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit (Reuter 1978) 66
III. Stellungnahme 69
B. Der Anwendungsbereich der Formel vom ausreichenden sachlichen Grund 70
I. Befristungskontrolle nur bei Arbeitsverhältnissen 70

Seite

II. Durch Gesetz vorgenommene, vorgeschriebene oder ausdrücklich zugelassene Befristungen 72
1. Befristung unmittelbar durch ein Gesetz 73
2. Gesetzlich vorgeschriebene oder ausdrücklich zugelassene Befristungen 74
3. Gesetzliche Einschränkung der Befristungsmöglichkeit bei Leiharbeit 78
III. Keine Kontrolle der Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge bei fehlender Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers 79
1. Allgemeines 79
2. Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers 82
a) Dogmatische Einordnung 82
b) Voraussetzungen, unter denen eine Befristung auf eigenen Wunsch vorliegt 84
3. Durch Vergleich vereinbarte Befristung 87
a) Prozeßvergleich 87
b) Nicht gerichtlich protokollierter Vergleich 88
4. Befristetes Arbeitsverhältnis als Nebenbeschäftigung 89
a) Rechtsprechung 89
b) Literatur 90
c) Stellungnahme 92
aa) Dogmatische Einordnung 92
bb) Stellungnahme zum Gesichtspunkt der Schutzbedürftigkeit bei Nebenbeschäftigungen 92
5. Befristung von "höheren und leitenden Angestellten" und sonstigen "Arbeitnehmern, deren Arbeitskraft besonders begehrt und selten ist" 97
a) Leitende Angestellte 97
aa) Rechtsprechung 97
bb) Literatur 99
cc) Stellungnahme 103

Seite

b) Besonders "gefragte" Arbeitnehmer 106
aa) Meinungsstand 106
bb) Stellungnahme 106
6. Zusammenfassung 107
IV. Sachgrunderfordernis bei befristeten Arbeitsverhältnissen von nicht mehr als sechs Monaten Dauer 108
1. Rechtsprechung 109
2. Literatur 110
3. Stellungnahme 112
a) Sachgrunderfordernis nur bei Umgehung einer Schutzvorschrift im konkreten Fall 112
b) Bedenken und Probleme bei einer Ausnahme vom Sachgrunderfordernis 113
aa) Psychologische Nachteile einer Befristung 113
bb) Möglichkeit eines "rückwirkenden" Sachgrunderfordernisses wegen Schwangerschaft oder Schwerbehinderteneigenschaft usw. 114
cc) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Mitteilungspflicht der Arbeitnehmerin bei Mutterschutz 116
dd) Obliegenheiten des Arbeitnehmers, um aufgrund des Schwerbehindertengesetzes einen Sachgrund erforderlich zu machen 117
V. Sachgrunderfordernis bei Betrieben mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern 118
1. Problem und Stellungnahme 118
2. Rechtsprechung 118
3. Literatur 119
VI. Sachgrunderfordernis bei einmaliger Befristung 120
VII. Sachgrunderfordernis bei Vereinbarung einer Befristung während eines bestehenden unbefristeten Arbeitsverhältnisses 122

Seite

VIII. Sachgrunderfordernis im öffentlichen Dienst ebenso wie bei privaten Arbeitgebern 123

C. Präzisierung der Formel vom ausreichenden sachlichen Grund 124

I. Für einen Sachgrund brauchen nicht Umstände vorzuliegen, aufgrund derer bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis eine Kündigung zulässig wäre 124

II. Interessenabwägung 126

1. Erforderlichkeit einer Interessenabwägung bei der Prüfung eines Sachgrundes 126

a) Rechtsprechung 126

b) Literatur 130

c) Stellungnahme 132

d) Nachteile und Vorteile einer Befristung für Arbeitnehmer und Arbeitgeber 134

aa) Nachteile der Befristung für den Arbeitnehmer 134

bb) Vorteile der Befristung für den Arbeitnehmer 144

cc) Vorteile der Befristung für den Arbeitgeber 146

dd) Nachteile der Befristung für den Arbeitgeber 149

2. Für die Befristung sprechende Interessen nur einer Partei als ausreichender Sachgrund 149

3. Reicht Gleichwertigkeit der widerstreitenden Interessen für eine Befristung aus? 151

4. Sind bei der Interessenabwägung alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen? 152

a) Der Begriff der "Umstände des Einzelfalls" 152

b) Rechtsprechung und Literatur 154

c) Die bisher vernachlässigte Problematik einer Berücksichtigung aller Interessen des Einzelfalls 157

Seite

III. Die "verständigen und verantwortungsbewußten Parteien" - eine andere Ausdrucksweise für das Erfordernis der Interessenabwägung 160
IV. Das Kriterium der Oblichkeit der Befristung im Arbeitsleben 162
1. Rechtsprechung und Literatur 162
a) Allgemeines 162
b) Oblichkeit kraft Tarifvertrags 163
c) Maßgebliche Bezugsbasis 163
d) Berechtigung der Oblichkeit 165
2. Stellungnahme 166
D. Zeitpunkt, zu dem der ausreichende sachliche Grund vorliegen muß 169
I. Ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder des Fristablaufs abzustellen? 169
1. Rechtsprechung 169
a) Bundesarbeitsgericht 169
b) Landesarbeitsgerichte 170
2. Literatur 170
3. Stellungnahme 172
II. Die sachliche Rechtfertigung welches Vertrages ist bei mehreren aneinander anschließenden Befristungen zu prüfen? 173
E. Offenlegung des Sachgrunds bei Vertragsabschluß 175
I. Rechtsprechung 176
II. Literatur 177
III. Stellungnahme 178
2. Teil: Befristungsarten einschließlich der auflösenden Bedingung 180
A. Obersicht über die Formen der Befristung i. w. S. 180
I. Auflösende Bedingung 180
II. Vorweggenommener oder bedingter Aufhebungsvertrag 182
III. Befristung i. e. S. 183
1. Fälle des § 620 I BGB ("Ablauf der Zeit") 183
2. In § 620 II BGB erwähnte Fälle (Zweckbefristung) 184

Seite

VIII. Sachgrunderfordernis im öffentlichen Dienst ebenso wie bei privaten Arbeitgebern 123

C. Präzisierung der Formel vom ausreichenden sachlichen Grund 124

I. Für einen Sachgrund brauchen nicht Umstände vorzuliegen, aufgrund derer bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis eine Kündigung zulässig wäre 124

II. Interessenabwägung 126

1. Erforderlichkeit einer Interessenabwägung bei der Prüfung eines Sachgrundes 126

a) Rechtsprechung 126

b) Literatur 130

c) Stellungnahme 132

d) Nachteile und Vorteile einer Befristung für Arbeitnehmer und Arbeitgeber 134

aa) Nachteile der Befristung für den Arbeitnehmer 134

bb) Vorteile der Befristung für den Arbeitnehmer 144

cc) Vorteile der Befristung für den Arbeitgeber 146

dd) Nachteile der Befristung für den Arbeitgeber 149

2. Für die Befristung sprechende Interessen nur einer Partei als ausreichender Sachgrund 149

3. Reicht Gleichwertigkeit der widerstreitenden Interessen für eine Befristung aus? 151

4. Sind bei der Interessenabwägung alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen? 152

a) Der Begriff der "Umstände des Einzelfalls" 152

b) Rechtsprechung und Literatur 154

c) Die bisher vernachlässigte Problematik einer Berücksichtigung aller Interessen des Einzelfalls 157

Seite

III. Die "verständigen und verantwortungsbewußten Parteien" - eine andere Ausdrucksweise für das Erfordernis der Interessenabwägung 160
IV. Das Kriterium der Oblichkeit der Befristung im Arbeitsleben 162
1. Rechtsprechung und Literatur 162
a) Allgemeines 162
b) Oblichkeit kraft Tarifvertrags 163
c) Maßgebliche Bezugsbasis 163
d) Berechtigung der Oblichkeit 165
2. Stellungnahme 166
D. Zeitpunkt, zu dem der ausreichende sachliche Grund vorliegen muß 169
I. Ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder des Fristablaufs abzustellen? 169
1. Rechtsprechung 169
a) Bundesarbeitsgericht 169
b) Landesarbeitsgerichte 170
2. Literatur 170
3. Stellungnahme 172
II. Die sachliche Rechtfertigung welches Vertrages ist bei mehreren aneinander anschließenden Befristungen zu prüfen? 173
E. Offenlegung des Sachgrunds bei Vertragsabschluß 175
I. Rechtsprechung 176
II. Literatur 177
III. Stellungnahme 178
2. Teil: Befristungsarten einschließlich der auflösenden Bedingung 180
A. Obersicht über die Formen der Befristung i. w. S. 180
I. Auflösende Bedingung 180
II. Vorweggenommener oder bedingter Aufhebungsvertrag 182
III. Befristung i. e. S. 183
1. Fälle des § 620 I BGB ("Ablauf der Zeit") 183
2. In § 620 II BGB erwähnte Fälle (Zweckbefristung) 184

Seite

IV. Kumulation mehrerer Befristungsarten 186
V. Höchst- und Mindestdauer 187
B. Die rechtliche Behandlung von Zweckbefristung und auflösender Bedingung 188
I. Auflösende Bedingung unmittelbar durch Gesetz (Berufsbildungsgesetz) 188
II. Vertraglich vereinbarte Zweckbefristung oder auflösende Bedingung 189
1. Mindermeinung: Unzulässigkeit (Zöllner; für auflösende Bedingung auch Reuter, Falkenberg, M. Wolf, Neumann, Hillebrecht) 189
2. H. M.: Zulässigkeitsanforderungen wie bei Befristungen auf bestimmten Endtermin oder auf bestimmte Dauer 191
3. Eigene Meinung 196
C. Hinweispflicht und Schonzeit 198
I. Bei Zweckbefristung 198
1. Hinweispflicht 198
2. Schonzeit 199
a) Literatur und Rechtsprechung 199
b) Stellungnahme 200
II. Bei auflösender Bedingung 200
III. Hinweispflicht und Schonzeit in SR 2y BAT als Muster für Individualvereinbarungen und für eine mögliche Regelung de lege ferenda 201
3. Teil: Fallgruppen eines ausreichenden sachlichen Grundes 203
A. Bedeutung von Fallgruppen und Prüfungsreihenfolge bei der Frage, ob eine Befristung sachlich gerechtfertigt ist 203
B. Bisherige Systematisierungsversuche 204
C. Eigene Fallgruppenbildung 206
I. Befristungen im Interesse des Arbeitgebers 208
1. Aufgaben von begrenzter Dauer 208
a) Begriff und Notwendigkeit, diese Fallgruppe zu unterteilen 208

Seite

b) Bei den "Aufgaben von begrenzter Dauer" schließt die Möglichkeit betriebsbedingter Kündigung die Zulässigkeit von Befristungen nicht aus 210
c) Die einzelnen Fallgruppen von "Aufgaben von begrenzter Dauer" 213
aa) Einmalige Arbeitsaufgaben 213
α) Begriff und Abgrenzung zu anderen Fallgruppen 213
β) Zulässigkeitskriterien 216
bb) Sonderprogramme und Zurverfügungstellung von einmaligen Mitteln durch die öffentliche vand oder Privatpersonen 218
α) Sonderprogramme der öffentlichen Hand 218
αα) Konjunkturprogramme 219
ββ) Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen 220
γγ) Haushaltsreste 220
δδ) Sonstige Fälle der Zurverfügungstellung einmaliger Mittel durch die öffentliche Hand 222
β) Zurverfügungstellung von einmaligen Mitteln durch Privatpersonen 224
cc) Periodisch wiederkehrender Arbeitsanfall, insbesondere Saisonarbeitsverhältnisse 225
α) Saisonarbeitsverhältnisse 225
β) Sonstige Fälle periodisch wiederkehrenden Arbeitsanfalls 230
dd) Mehrarbeit 233
α) Nach hM grundsätzliche Zulässigkeit von Befristungen wegen Mehrarbeit 233
αα) HM 233
ββ) Gegenmeinung 236
γγ) Periodisch anfallende Mehrarbeit 236

	Seite
ß) Abgrenzung der Mehrarbeit	237
αα) Abgrenzung gegenüber Konjunkturgründen	237
ββ) Abgrenzung gegenüber einmaligen Arbeitsaufgaben	240
γ) Anwendung der gefundenen Kriterien auf die wegen eines "Schülerbergs" befristete Einstellung von Lehrern	242
ee) Absehbare Verringerung des Personalbedarfs	244
α) Abgrenzung	244
ß) Rechtsprechung	245
γ) Literatur	246
δ) Stellungnahme	247
ff) Ungewißheit, ob es sich um eine Daueraufgabe handelt	248
α) Betriebsnotstand	248
αα) Rechtsprechung	248
ββ) Literatur	249
γγ) Stellungnahme	250
ß) Probeweise Aufnahme des (vollen) Betriebs	253
γ) Fragliche Entwicklung des Umfangs der Aufgabe (insbes. Konjunkturgründe)	254
αα) Rechtsprechung	255
ββ) Literatur	258
γγ) Stellungnahme	260
gg) Aushilfe	262
α) Begriff	262
αα) Oblicher Sprachgebrauch	262
ββ) Stellungnahme	263
ß) Aushilfe während des zeitweiligen Ausfalls einer anderen Arbeitskraft	265
γ) Aushilfe bis zur Einstellung eines anderen Arbeitnehmers	267

Seite

αα) Aushilfe nach Vertragsabschluß mit der "endgültigen" Arbeitskraft 267
ββ) Aushilfe vor Vertragsabschluß mit dem Nachfolger 268
hh) Haushaltsgründe 272
α) Rechtsprechung 273
β) Literatur 277
γ) Stellungnahme 278
δ) Haushaltsrechtliche Probleme bei Personalmitteln 281
2. Zu erwartende Verringerung der Eignung des Arbeitnehmers 281
a) Gefahr der altersbedingt nicht mehr ausreichenden Eignung 282
aa) Befristung auf die Altersgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung 282
α) Rechtsnatur 282
β) Art. 6 § 5 II Rentenreformgesetz 286
γ) Rechtsprechung 287
δ) Literatur 290
ε) Stellungnahme 293
bb) Befristung auf eine niedrigere Altersgrenze als diejenige der gesetzlichen Rentenversicherung 300
α) Bei Gefahr von bereits vor dem Rentenalter fehlender Qualifikation 300
αα) Rechtsprechung und Literatur 300
ββ) Stellungnahme 302
β) Bei Gefahr von bereits vor dem Rentenalter nachlassender Qualifikation 306
αα) Rechtsprechung 307
ββ) Literatur 307
γγ) Stellungnahme 308
b) Gefahr des Aktualitätsverlustes von Kenntnissen 308

Seite

aa) Lektoren 309
α) Rechtsprechung 310
β) Literatur 311
γ) Stellungnahme 312
bb) Medienbereich 314
α) Rechtsprechung 314
β) Literatur 316
γ) Stellungnahme 317
3. Abwechslungsbedürfnis 318
a) Künstler 318
aa) Fallgruppen und Begriff 318
bb) Rechtsprechung 320
cc) Literatur 323
dd) Stellungnahme 324
ee) Tarifverträge im künstlerischen Bereich, insbesondere im Bühnenbereich 326
b) Sportler 327
c) Medienbereich 328
d) Dozenten 329
aa) Arbeitnehmereigenschaft 330
bb) Fehlende Schutzbedürftigkeit 332
cc) Sachlicher Grund 332
α) Mehrarbeit und Aushilfe 332
β) Auswechslungsbedürfnis 333
γ) Saisonarbeitsverhältnis 333
4. Fragliche Eignung des Arbeitnehmers 334
a) Befristetes Probearbeitsverhältnis 334
aa) Abgrenzung und Zweck dieses Sachgrundes 334
bb) Rechtsprechung und Literatur 336
cc) Stellungnahme zur Berechtigung dieses Sachgrundes 339
dd) Eindeutigkeit der Befristungsklausel 341
ee) Hinweispflicht bei Nichtweiterbeschäftigung nach dem Probearbeitsverhältnis 342
ff) Probleme der zulässigen Dauer 344

Seite

αα) Keine Kontrolle auf "zu kurze" Laufzeit, aber Einschränkung der Verkettung 344
ββ) Höchstzulässige Dauer 347
αα) Sechs Monate als regelmäßige Höchstdauer 349
ββ) Höchstdauer unter sechs Monaten 349
γγ) Höchstdauer über sechs Monaten 350
δδ) Besondere Umstände, die zu einer längeren zulässigen Höchstdauer als im Normalfall führen 352
εε) Tarifvertragliche Höchstdauer 353
b) Fehlender Nachweis von Einstellungsvoraussetzungen 354
5. Ausländer 356
a) Problematik und Lösungsvorschlag 356
b) Rechtsprechung und Literatur 358
c) Stellungnahme 359
d) Auflösende Bedingung 360
6. Hochschulbereich 360
II. Befristungen im Interesse des Arbeitnehmers 361
1. Befristungen auf Wunsch des Arbeitnehmers 361
2. Weiterbeschäftigung aus sozialen Gründen 361
a) Allgemeines 361
b) Einzelne Anwendungsfälle 362
c) Dauer der Befristung ist stets gerechtfertigt 364
3. Vom Arbeitnehmer gewünschte besondere Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses als zeitlich begrenzte Ausnahme 365
III. Drittinteressen 366
1. Rechtsprechung 367
2. Literatur 369
3. Stellungnahme 370
a) Drittinteressen, die zugleich ein Arbeitgeberinteresse begründen 370
b) Sonstige Drittinteressen 372

	Seite
4. Teil: Sachlicher Grund hinsichtlich der Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses	373
A. Erforderlichkeit eines Sachgrundes für die Dauer	373
I. Rechtsprechung	373
II. Literatur	375
III. Begründungen für die Einschränkung der zulässigen Höchstdauer	376
1. Rechtsprechung	376
2. Wiedemann/Palenberg	376
3. Eigene Meinung	377
IV. Erforderliche Intensität der sachlichen Rechtfertigung der Dauer	378
B. Höchstzulässige Dauer	378
I. Maßgeblich ist die Gesamtdauer des auf befristeten Arbeitsverträgen beruhenden Arbeitsverhältnisses	378
II. Bemessung der Höchstdauer	379
1. Literatur	379
2. Rechtsprechung	379
3. Stellungnahme	380
III. Ungelöste Probleme bei der Berechnung der Dauer	381
C. Unzulässigkeit zu kurzer Einzelverträge	382
D. Verkettung	384
E. Regelungen über die zulässige Dauer in Tarifverträgen	387

Literaturverzeichnis

Arbeitsgesetzbuchkommission: Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches. Allgemeines Arbeitsvertragsrecht. Hrsg.: Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung. Bonn 1977

Aufderhaar, Dieter: Anfechtung, Kündigung und Limitierung von Arbeitsverhältnissen, Diss., Würzburg 1976

Baarz, Günter: Der befristete Arbeitsvertrag und Mutterschutz, DB 1965, S. 741

Barwasser, Franz H.: Zeitverträge mit Arbeitnehmern - unumgängliche Notwendigkeit oder sozialpolitische Anomalie?, DB 1977, S. 1944

Becker/Braasch: Recht der ausländischen Arbeitnehmer, von F. Becker und D. Braasch. Neuwied und Darmstadt 1980

Becker-Schaffner, Reinhard: Der Aufhebungsvertrag in der Rechtsprechung, BB 1981, S. 1340

Beitzke, Günther: Anm. zu BAG Urt. vom 20.5.1976, 2 AZR 202/75 (AP Nr. 4 zu § 305 BGB), SAE 1976, S. 210

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 29.8.1979, 4 AZR 863/77 (AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), SAE 1980, S. 186

Beuthien/Wehler: Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht, von Volker Beuthien unter Mitarbeit von Thomas Wehler, RdA 1978, S. 2

Biedenkopf, Kurt H.: Grenzen der Tarifautonomie. Karlsruhe 1964

Bielefeld, Ulrich: Befristete Probearbeitsverhältnisse, NJW 1976, S. 1139

Birk, Rolf: Anm. zu BAG Urt. vom 25.1.1973, 2 AZR 158/72, AP Nr. 37 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Blomeyer, Wolfgang: Der befristete Arbeitsvertrag als Problem der Gesetzesinterpretation, RdA 1967, S. 406

Bobrowski/Gaul: Das Arbeitsrecht im Betrieb. Begründet von Paul Bobrowski. Seit der 3. Aufl. weitergeführt von Dieter Gaul. 7. Aufl., Heidelberg 1979

Böhm, Friedhelm: Die Problematik befristeter Verträge im Arbeitsrecht, Diss., Köln 1971

Bötticher, Eduard: Die Handhabung des Bestandsschutzes beim Kettenvertrag, BB 1955, S. 673

ders.: Anm. zu BAG Beschluß vom 12.10.1960, GS 1/59 (3 AZR 65/56) (AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), SAE 1961, S. 128

Bopp, Peter: Kündigung und Kündigungsprozeß im Arbeitsrecht. Stuttgart 1980

Brill, Werner: Der ausländische Arbeitnehmer in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, BB 1976, S. 1276

Buchner, Herbert: Der Zeitvertrag - Chancen oder Gefahren für die Hochschulen?, MittHV 1981, S. 125

Bunge, Thomas: Anm. zu BAG Urt. vom 15.3.78, 5 AZR 831/76 (AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), EzA Nr. 34 zu § 620 BGB

Canaris, Claus-Wilhelm: Funktionelle und inhaltliche Grenzen kollektiver Gestaltungsmacht bei der Betriebsvereinbarung, AuR 1966, S. 129

Däubler, Wolfgang: Das Arbeitsrecht 2. Reinbek 1979

Dammann, Klaus: Zur rechtlichen Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge, AuR 1978, S. 65

Dieterich, Thomas: Das Probearbeitsverhältnis I, in: Arbeitsrechts-Blattei D, LBl.

Dietz/Richardi: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnungen, Kommentar begründet von Rolf Dietz, neubearbeitet von Reinhard Richardi, 6. Aufl., München 1981

Distel: Anm. zu BAG Urt. vom 27.3.1969, 2 AZR 302/68, AP Nr. 31 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Dütz, Wilhelm: Anm. zu BAG Urt. vom 30.5.72, 1 AZR 427/71, AP Nr. 50 zu § 4 TVG Ausschlußfristen

Eich, Rolf-Achim: Befristung von Arbeitsverträgen aus arbeitsmarkt- und wirtschaftspolitischen Gründen?, DB 1978, S. 1785

Endemann, Helmut: Zeit- und Kettenverträge im Arbeitsrecht, AuR 1954, S. 265

Engels, Gerd: Auswirkungen der fehlenden Arbeitserlaubnis auf das Arbeitsverhältnis ausländischer Arbeitnehmer, RdA 1976, S. 165

Enneccerus/Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Lehrbuch von Ludwig Enneccerus, 15. Aufl. von H. C. Nipperdey, Tübingen 1960

Erman: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden, 6. Aufl., Münster 1975
- zit.: Erman-Bearbeiter

Falkenberg, Rolf-Dieter: Befristung von Arbeitsverhältnissen, DB 1971, S. 430

ders.: Nochmals: Befristung von Arbeitsverhältnissen, DB 1972, S. 2478

ders.: Zulässigkeit und Grenzen auflösender Bedingungen in Arbeitsverträgen, DB 1979, S. 590

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 15.3.78, 5 AZR 831/76 (AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), Arbeitsrechts-Blattei D "Probearbeitsverhältnis", Entscheidung 17

Fenn, Herbert: Anm. zu BAG Urt. vom 3.7.1970, 2 AZR 380/69, AP Nr. 33 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 31.10.74, 2 AZR 483/73, AP Nr. 39 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Flatow/Kahn-Freund: Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920. Kommentar von Georg Flatow und Otto Kahn-Freund, 13. Aufl., Berlin 1931

Fohrbeck/Wiesand/Woltereck: Arbeitnehmer oder Unternehmer. Zur Rechtssituation der Kulturberufe. 1976

Frey, Erich: Anm. zu BAG Beschluß vom 12.10.1960, GS 1/59 (3 AZR 65/56) (AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), AuR 1962, S. 91

Galperin/Löwisch: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz von H. Galperin und M. Löwisch, 2 Bde., 5. Aufl. 1975/1976

Gamillscheg, Franz: Mutterschutz und Sozialstaat, in: Festschrift Erich Molitor, 1962, S. 57

ders.: Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164, S. 385

ders.: Der Abschluß des Arbeitsvertrages im neuen Arbeitsvertragsgesetz, in: Festschrift Werner Weber, 1974, S. 793

Gangloff, Eugen: Anm. zu BAG Urt. vom 28.11.1963, 2 AZR 140/63, AP Nr. 26 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Gaul, Dieter: Zur Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, RdA 1961, S. 324

ders.: Der Arbeitsvertrag mit Führungskräften, 4. Aufl. 1978

Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsförderungsgesetz. Lbl., 3 Bände, Neuwied und Darmstadt
- zit.: GK-AFG

Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und sonstigen kündigungsrechtlichen Vorschriften, Neuwied und Darmstadt 1981
- zit.: KR-Bearbeiter

Gift, E.: Zweifelsfragen zur Rechtsstellung der außertariflichen und leitenden Angestellten, 2. Aufl., 1978

Gitter, Wolfgang: Anm. zu BAG Urt. vom 4.3.1980, 6 AZR 323/78 (AP Nr. 53 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), SAE 1981, S. 173

Grotheer, Jan: Befristetes Arbeitsverhältnis und Kündigungsschutz, Frankfurt 1973

Gumpert, Jobst: Befristete Aushilfsarbeitsverhältnisse, BB 1965, S. 911

ders.: Kündigungsvorschriften für befristete Arbeitsverhältnisse, Aushilfs- und Probearbeitsverhältnisse nach neuem Recht, BB 1969, S. 1278

ders.: Anm. zu BAG Beschluß vom 18.7.1978, 1 ABR 79/75, BB 1978, S. 1718

Haft, Fritjof: Strafrecht und Rhetorik, JuS 1981, S. 718

Hanau, Peter: Zwangspensionierung des Arbeitnehmers mit 65?, RdA 1976, S. 24

Hartung, Manfred: Widerrufsvorbehalte in Arbeitsverträgen, DB 1979, S. 1275

Hausberg, Friedrich: Befristung von Arbeitsverträgen, Diss., Münster 1959

Heimeier, W.: Das Aushilfsarbeitsverhältnis, DB 1954, S. 174

Heldmann, Hans Christoph: Befristung des Arbeitsverhältnisses durch befristete Arbeitserlaubnis?, BB 1975 S. 1306

Herschel, Wilhelm: Anm. zu BAG Urt. vom 24.10.1979, 5 AZR 851/78 (AP Nr. 49 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), Arbeitsrechts-Blattei D, Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis VIII, Entscheidung 34

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 12.10.79, 7 AZR 960/77, Arbeitsrechts-Blattei D, Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis VIII, Entscheidung 33

Herschel/Steinmann: Kündigungsschutzgesetz. Kommentar, 5. Aufl., Heidelberg 1961

Hess/Löns: Berufsbildungsrecht. Von Hans G. Hess und Rolf Löns. 2. Aufl. 1978

Höfl, Heinrich: Die Problematik der Kettenverträge, Diss., Mainz 1955

Hofmann, Paul: Anm. zu BAG Urt. vom 13.1.1977, 2 AZR 423/75, SAE 1978, S. 259

Hoppe, Günther: Das 65. Lebensjahr und die Betriebsvereinbarung, BB 1968, S. 757

v. Hoyningen-Huene, Gerrick: Die Billigkeit im Arbeitsrecht. München 1978

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 26.4.1979, 2 AZR 431/77 (AP Nr. 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), SAE 1980, S. 349

Hueck, Alfred: Kettenverträge, RdA 1953, S. 85

ders.: Lehrbuch des Arbeitsrechts, von Alfred Hueck und Hans Carl Nipperdey, 7. Aufl., erster Band von Alfred Hueck, Berlin und Frankfurt 1963 - zit.: Hueck, ArbR I

ders.: Kündigungsschutzgesetz. Kommentar, begründet von Alfred Hueck, fortgeführt von Götz Hueck unter Mitwirkung von Gerrick v. Hoyningen-Huene, 10. Aufl., München 1980

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 21.10.1954, 2 AZR 25/53, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 21.10.1954, 2 AZR 40/53, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 14.6.1955, 2 AZR 199/55, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 26.11.1955, 2 AZR 516/54, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 2.12.1965, 2 AZR 91/65, AP Nr. 27 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 20.10.1967, 3 AZR 467/66, AP Nr. 30 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 5.3.1970, 2 AZR 175/69, AP Nr. 34 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Hueck/Nipperdey/Dietz: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar, 4. Aufl., München und Berlin 1943

Hueck, Götz: Anm. zu BAG Urt. vom 16.12.1957, 3 AZR 92/55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten

Hurst, Karl: Die Bühnendienstverträge als befristete Verträge, RdA 1952, S. 455

Isele, Hellmut: Anm. zu BAG Urt. vom 21.10.1965, 5 AZR 146/65, SAE 1966, 111

Jobs/Bader: Der befristete Arbeitsvertrag. Eine Darstellung anhand der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unter Einbeziehung spezieller Probleme aus dem Schul- und Hochschulbereich. Von Friedhelm Jobs und Peter Bader. DB Beilage 21/1981 zu Heft Nr. 38 vom 18.9.1981

Kempff, Gilbert: Befristetes Arbeitsverhältnis und zwingender Kündigungsschutz, DB 1976, 1576

Kewenig/Thomashausen: Rundfunkfreiheit, Wissenschaftsfreiheit und Sozialstaatsprinzip, von Wilhelm Kewenig und André Thomashausen. NJW 1981, 417

Koch, Hartmut: Die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse, BB 1978, 1218

Koller, I.: Anm. zu BAG Urt. vom 24.10.1979, 5 AZR 851/78, AP Nr. 49 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 26.4.79, 2 AZR 431/77, AP Nr. 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Konzen, Horst: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1977, ZfA 1978, 451

Kraft, Alfons: Anm. zu BAG Urt. vom 2.12.65, 2 AZR 91/65, SAE 1966, S. 103

Kreutz, Peter: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1976, ZfA 1977, S. 447

Krüger, Hildegard: Die Rechtsprechung des BAG zum Kündigungsschutzgesetz, NJW 1955, S. 1050

Küstner, Wolfram: Der Handelsvertreter. 1. Aufl. 1972

Leipold, Dieter: Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1975, ZfA 1976, S. 273

Leser, Heinrich: Die Beweislast für die Befristung des Arbeitsvertrages, BB 1965, S. 1151

Lieb, Manfred: Arbeitsrecht. Karlsruhe 1975

ders.: Beschäftigung auf Produktionsdauer - selbständige oder unselbständige Tätigkeit?, RdA 1977, S. 210

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 2.6.1976, 5 AZR 131/75 (= AP Nr. 20 zu § 611 BGB Abhängigkeit); SAE 1977, S. 117

Linder, Georg-Wulf: Probleme der rechtlichen Zulässigkeit von befristeten Arbeitsverträgen, DB 1975, S. 2082

Lörcher, Klaus: Zeitarbeitsverträge als Problem der Mitbestimmung von Betriebs- und Personalräten bei der Einstellung, BlStSozArbR 1981, S. 177

Mache, Hans-Michael: Das befristete Arbeitsverhältnis, BB 1981, 243

Maunz/Dürig/Herzog/Scholz: Grundgesetz. Kommentar von Theodor Maunz, Günter Dürig, Roman Herzog und Rupert Scholz. LBl., 5. Aufl., München 1978

Molitor, Erich: Kritisches zum Problem der Kettenverträge, BB 1954, S. 504

ders.: Kettenarbeitsverträge I, AR-Blattei D

ders.: Anm. zu LAG Hamburg Urt. vom 30.6.55, 1 Sa 41/55, AP Nr. 3 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Molitor/Bürger: Beendigung des Arbeitsverhältnisses, von Erich Molitor, weitergeführt von K. H. Bürger. AR-Blattei D, Arbeitsvertrag/Arbeitsverhältnis VIII

Monjau, Herbert: Zur Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte, DB 1961, 1099

ders.: Kettenverträge bei künstlerischen Berufen, Ufita Band 74 (1975), S. 69

Moritz, Heinz Peter: Das Weiterbeschäftigungsgebot des § 78a BetrVG und seine Wirkung für die Jugendvertretung und ihre Mitglieder, DB 1974, 1016

ders.: Aktuelle Fragen zum Probearbeitsverhältnis, BB 1978, S. 866

Moritz, Klaus: Anm. zu BAG Urt. vom 29.7.76, 3 AZR 7/75, AP Nr. 41 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Müller-Freienfels, Wolfram: Die Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156, 522

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Kurt Rebmann und Franz-Jürgen Säcker, München 1978ff.
zit.: MünchKomm-Bearbeiter

Musa, Wilhelm: Änderungskündigung bei zeitlich befristeten und unkündbaren Arbeitsverträgen - insbesondere von ausländischen Arbeitnehmern, BB 1967, 39

Neumann, Dirk: Das Probearbeitsverhältnis. Düsseldorf 1964.

ders.: Rechtsfolgen der fehlenden Arbeitserlaubnis, Die Information über Steuer und Wirtschaft, 1978 (Band 32), S. 233

ders.: Haushaltsrechtliche betriebsbedingte Gründe im öffentlichen Dienst, RdA 1979, 371

Neumann-Duesberg: Anm. zu BAG Urt. vom 26.3.1957, 3 AZR 608/54, AP Nr. 29 zu § 1 KSchG

Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht. I. Band. Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht. 3. Auflage 1961

ders.: Kündigungsschutz bei sogenannten Kettenverträgen und bei befristeten Arbeitsverträgen?, BB 1955, S. 197

ders.: Probleme des Kündigungsschutzrechts, DB 1956, 1108

Olenhusen, von: Zeitverträge, Kündigungsschutz und Tarifautonomie am Beispiel sogenannter Künstlerverträge, Ufita Band 75 (1976), S. 25

Ossenbühl, Fritz: Rechtsprobleme der freien Mitarbeiter im Rundfunk. 1978

Osswald, R.: Die Beendigung von befristeten Arbeitsverträgen und das Kündigungsschutzgesetz, DB 1956, 941

Otte, Gerd J. H.: Zeitvertrag und Kündigungsschutz. Eine Untersuchung zur Zulässigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse. Frankfurt 1980 (zugleich Diss. Bielefeld 1979)

Palenberg, Hubertus: Anm. zu BAG Urt. vom 30.9.71, 5 AZR 146/71, AP Nr. 36 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Palme, Antonie: Kettenverträge in der neueren Rechtsprechung, BlStSozArbR 1970, S. 268

dies.: Befristete Arbeitsverträge in der neueren Rechtsprechung, BlStSozArbR 1977, S. 56

Pestalozza, Christian: Anm. zu BAG Urt. vom 22.3.73, 2 AZR 274/72 (AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), SAE 1974, 162

Plander, Harro: Anm. zu BAG Urt. vom 29.8.79, 4 AZR 863/77 (AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), SAE 1980, S. 186

Plander/Schmidt: Grenzen der Befristung von Anstellungsverhältnissen wissenschaftlicher Mitarbeiter von Harro Plander und Volker Schmidt, AuR 1979, S. 321

Preis, Bernd: Der Lizenzspieler im Bundesligafußball. Rechtsprobleme eines atypischen beruflichen Abhängigkeitsverhältnisses. Frankfurt 1973

Ranninger, Kay: Kettenverträge im Arbeitsrecht. Diss. Münster 1960

Rehbinder, Manfred: Der befristete Arbeitsvertrag als Regeltyp im Recht der Bühne, RdA 1971, 211

ders.: Zur Rechtfertigung des Zeitvertrags im Bühnenarbeitsrecht. Gründe der künstlerischen Qualität. Film und Recht 1977, S. 804

Reuter, Dieter: Die freie Wahl des Arbeitsplatzes - ein nicht realisierbares Grundrecht?, RdA 1973, 345

ders.: Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1973, ZfA 1974, 235

ders.: Das Recht auf Arbeit - ein Prinzip des Arbeitsrechts?, RdA 1978, 344

ders.: Grundlagen des Kündigungsschutzes - Bestandsaufnahme und Kritik, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 1979, S. 405

ders.: Anm. zu den Urteilen des LAG Düsseldorf vom 24.6.1974, 15 Sa 44/74, und des LAG Schleswig-Holstein vom 11.4.1974, (1) 3 Sa 72/74, EzA Nr. 5 zu § 305 BGB

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 30.11.1977, 5 AZR 561/76 (AP Nr. 44 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), JuS 1978, 428

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 29.8.79, 4 AZR 863/77, JuS 1980, 688

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 9.7.81, 2 AZR 788/78, JuS 1982, 705

Richardi, Reinhardt: Die Bedeutung der Personalstruktur für die Befristung von Arbeitsverhältnissen im Hochschulbereich, DB 1981, 1461

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 4.12.1969, 5 AZR 84/69, AP Nr. 32 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Riepenhausen, Bernhard: Das Arbeitsrecht der Bühne, 2. Aufl., Berlin 1956, Ergänzungsband 1965

Rittstieg, Helmut: Steuerung der Ausländerbeschäftigung nach deutschem und internationalem Recht, NJW 1978, 1078

Röper, Erich: Teilzeitarbeit im öffentlichen Dienst, NJW 1980, 1779

Rohlfing/Rewolle: Kündigungsschutzgesetz. Kommentar von Theodor Rohlfing und Hans-Dietrich Rewolle. LBl.

Säcker, Franz Jürgen: Die vorzeitige Beendigung der Arbeitsverträge mit leitenden Angestellten, RdA 1976, 91

Schäcker, Hanns: Der Abschluß befristeter Arbeitsverträge mit Schwerbeschädigten, DB 1964, 112

Schaub, Günter: Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis. 4. Aufl., München 1980

Schimana, Rudolf: Festsetzung der Altersgrenze für Arbeitnehmer durch Betriebsvereinbarung, BB 1970, 1138

Schmidt, Volker: Anm. zu BAG Urt. vom 26.4.1979, 2 AZR 431/77 (AP Nr. 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), AuR 1980, 317

Schröter, Bernd: Befristete Arbeitsverträge und arbeitsrechtliche Vertragsfreiheit, Diss., Göttingen 1972

Seiter, Hugo: Sozialversicherung und Arbeitsrecht, in: Sozialrechtsprechung, Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat. Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts. Bd. 2, S. 515. Köln, Berlin, Bonn, München 1979

Sieg, Karl: Anm. zu BAG Urt. vom 21.4.1977, 2 AZR 125/76, SAE 1978, 21

Siegmund-Schultze: Befristete Chefarztdienstverträge, NJW 1976, 360

Söllner, Alfred: Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis. Mainz 1966

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 15.3.1966, 2 AZR 211/65 (AP Nr. 28 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), SAE 1966, 255

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Begründet von Soergel. Band 1: Allgemeiner Teil. Band 3: Schuldrecht II. 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967 (Bd. 1) und 1969 (Bd. 3) zit.: Soergel-Bearbeiter

Stahlhacke, Eugen: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., München 1977

Staudinger: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse. 12. Aufl., Berlin 1979 zit.: Staudinger-Bearbeiter

v. Stebut, Dietrich: Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1976, ZfA 1977, 311

Teichmann, Arndt: Die Gesetzesumgehung. Göttingen 1962

Tettinger, Peter J.: Möglichkeiten und Grenzen einer Bundesgesetzgebung über befristete Arbeitsverträge im Hochschulbereich, RdA 1981, 351

Trabandt, H.: Arbeitsverhältnisse zur Aushilfe und Arbeitsverhältnis auf bestimmte Zeit, BB 1951, 535

Trieschmann, Günther: Zur Zulässigkeit von Kettenverträgen im Arbeitsrecht, DB 1955, 336

ders.: Anm. zu ArbG Köln Urt. vom 1.9.1954, 2 Ca 810/54, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Probearbeitsverhältnis

Walter, Bernhard: Arbeitsverhältnisse zur Probe und Aushilfe, 3. Aufl., Heidelberg 1965

Walz, Stefan: Befristetes Arbeitsverhältnis und öffentlicher Dienst, ZRP 1978, 77

Weber/Paul: Arbeitsförderungsgesetz. Kommentar von Rolf Weber und Gottfried Paul. Neuwied 1970

Wiedemann, Herbert: Zur Typologie zulässiger Zeitarbeitsverträge, in: Festschrift Heinrich Lange, München 1970, S. 395

ders.: Anm. I zu BAG Urt. vom 4.2.1971, 2 AZR 144/70, AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Wiedemann/Palenberg: Die Zulässigkeit von Zeitarbeitsverträgen im öffentlichen Dienst, insbesondere im Hochschulbereich. Von Herbert Wiedemann unter Mitarbeit von Hubertus Palenberg, RdA 1977, 85

Wiedemann/Stumpf: Tarifvertragsgesetz. Kommentar von Herbert Wiedemann und Hermann Stumpf. 5. Aufl., München 1977

Wohnseifer, Karl-Heinz: Probleme des befristeten Arbeitsvertrages, Diss., Köln 1966

Wolf/van Gelder: Anm. zu BAG Urt. vom 27.3.1969, 2 AZR 302/68 (AP Nr. 31 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), von Ernst Wolf und Alfons van Gelder, SAE 1970, 121

Wolf, Manfred: Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich. Tübingen 1970

ders.: Anm. II zu BAG Urt. vom 4.2.1971, 2 AZR 144/70, AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 22.3.1973, 2 AZR 274/72, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Wollenschläger, Michael: Anm. zu BAG Urt. vom 19.12.1974, 2 AZR 565/73 (AP Nr. 3 zu § 620 BGB Bedingung), AuR 1975, 222

Woltereck/Lewerenz: Saison- und Kampagnearbeit, von Frank Woltereck und Karl-Jochen Lewerenz, in: AR-Blattei D, Stichwort "Saisonarbeit I"

Zöllner, Wolfgang: Arbeitsrecht. 2. Aufl., München 1979

ders.: Die Sperrwirkung des § 59 BetrVG, in: Festschrift für Hans-Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band II, München, Berlin 1965, S. 699

ders.: Privatautonomie und Arbeitsverhältnis. Bemerkungen zu Parität und Richtigkeitsgewähr beim Arbeitsvertrag. AcP 176, 221

ders.: Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?, Gutachten D zum 52. Deutschen Juristentag Wiesbaden 1978. München 1978
zit.: Zöllner, DJT-Gutachten

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 28.9.1961, 2 AZR 97/61, AP Nr. 21 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

ders.: Anm. zu BAG Urt. vom 28.9.1961, 2 AZR 428/60, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung

EINLEITUNG

A. Definition

Von einem befristeten Arbeitsverhältnis[1] spricht man[2], wenn das Arbeitsverhältnis mit Ablauf einer vorgesehenen Zeitspanne endet, ohne daß es hierzu einer Willenserklärung oder Rechtshandlung der Vertragsparteien bedarf[3], wobei die Zeitspanne durch einen bestimmten Endtermin, eine bestimmte Dauer oder den Eintritt eines bestimmten Ereignisses festgelegt sein kann.

Ich verwende die Wörter "Fristvertrag" und "Zeitvertrag" als Synonyme[4].

B. Verbreitung von Befristungen[5]

Befristete Arbeitsverträge sind in bestimmten Bereichen geradezu die typische Form der Beschäftigung, während sie auf vielen anderen Gebieten selten vorkommen.

---

1) Eine Befristungskontrolle kommt nur für Arbeitsverhältnisse, nicht für freie Dienstverhältnisse in Betracht, siehe unten 1. Teil, B I.

2) Diese Definition gilt für den Begriff des befristeten Arbeitsverhältnisses i. w. S., der auch die auflösende Bedingung umfaßt. Siehe hierzu unten 2. Teil, A I.

3) SÄCKER RdA 1976, 91 (93); vgl. auch HUECK, ArbR I, § 55 III 1, S. 530; NIKISCH ArbR I, § 47 II 1, S. 669.

4) Dieser Sprachgebrauch ist üblich. Mit "Zeitvertrag" ist also nicht speziell ein nach dem Kalender befristeter Arbeitsvertrag gemeint.

5) Vgl. hierzu KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 19f. Es handelt sich sowohl bei HILLEBRECHT als auch bei den folgenden Ausführungen um subjektive Eindrücke aufgrund der veröffentlichten Rechtsprechung. Genaues Rechtstatsachenmaterial scheint nicht zu existieren.

Die zahlenmäßig wohl größte Bedeutung hat die Befristung von ausländischen Arbeitnehmern[6]. An zweiter Stelle ist der öffentliche Dienst zu nennen, und zwar vor allem der Hochschulbereich[7], in neuerer Zeit auch die Beschäftigung von Lehrern im Angestelltenverhältnis[8]. An Bühnen werden Zeitverträge seit jeher als selbstverständlich angesehen[9].

Von sehr großer Bedeutung sind Zeitverträge auch bei Aufgaben von begrenzter Dauer[10], die weniger "branchenspezifisch", sondern breit gestreut vorkommen. Beispiele hierfür sind die Aushilfe bei vorübergehender Krankheit oder während Mutterschutzfrist und Mutterschaftsurlaub, ferner die Einstellung für den Aufbau eines Messestandes, für die Zeit eines Schlußverkaufs oder für die Dauer einer Saison.

Außer diesen Hauptanwendungsgebieten gibt es jedoch noch zahlreiche weitere Fallgruppen, wie die Kasuistik unten (3. Teil, C.) zeigt.

C. Grundsätzliche Problematik

Die obige Definition zeigt bereits die Problematik befristeter Arbeitsverträge, die darin liegt, daß zum Schutz des Arbeitnehmers bestehende Gesetze, die an eine Kündigung anknüpfen, jedenfalls nach ihrem Wortlaut nicht anwendbar sind[11]. Die zahlreichen Nachteile, die für den Arbeitnehmer mit einem Zeitvertrag verbunden sind, und denen gegenüber gewisse Vor-

---

6) Dazu unten 3. Teil, C I 5

7) Dazu unten 3. Teil, C IV 3

8) Dazu unten 3. Teil, C IV 5

9) Dazu unten 3. Teil, C I 3 a) und IV 1

10) Dazu unten 3. Teil, C I 1

11) Nach einer Mindermeinung sollen allerdings zumindest einige dieser Gesetze doch anwendbar sein, nach einer Stimme sogar unmittelbar. Siehe dazu unten 1. Teil, A II 4. Demgegenüber ist nach h. M. weder der allgemeine noch der besondere oder der kollektive Kündigungsschutz auf zulässige Befristungen anwendbar, siehe KR-HILLEBRECHT, § 620 BGB Rdnr: 14ff., m. w. N.

teile i. d. R. zurücktreten, können an dieser Stelle nicht aufgelistet werden[12]. Es seien hier nur die wichtigsten Punkte Kündigungsschutzgesetz, besonderer Kündigungsschutz - insbesondere durch Mutterschutzgesetz und Schwerbehindertengesetz - und kollektiver Kündigungsschutz genannt. Diese Diskrepanz zwischen dem Status des unbefristet und des befristet beschäftigten Arbeitnehmers hat sich seit den zwanziger Jahren durch den Ausbau des allgemeinen und des besonderen Kündigungsschutzes immer mehr vergrößert[13]. Aus diesem Grunde wäre bei völlig freier Wahl zwischen befristeten und unbefristeten Arbeitsverträgen die Versuchung für den Arbeitgeber sehr groß, durch Abschluß von Zeitverträgen zahlreiche Arbeitnehmerschutzvorschriften ins Leere gehen zu lassen. Deshalb geht die heute fast einhellige Auffassung[14] dahin, daß dem bereits im Jahr 1900 in Kraft getretenen § 620 BGB[15] eine freie Wahlmöglichkeit zwischen den beiden Vertragsarten nicht entnommen werden darf, oder daß diese Wahlmöglichkeit zwar besteht, aber durch analoge oder sogar unmittelbare Anwendung von für unbefristete Arbeitsverhältnisse geltenden Vorschriften in wesentlichen Fragen bedeutungslos wird[16]. In diesem Zusammenhang wird eine bereits 1955 vom BAG[17] verwendete For-

---

12) Siehe dazu unten 1. Teil, C II 1 d) aa)

13) Siehe STAUDINGER-NEUMANN Vorbem. 2, 3 vor § 620 BGB.

14) Eine völlig freie Wahl ohne analoge Anwendung von für unbefristete Arbeitsverhältnisse geltenden Vorschriften wollen nur E. WOLF/VAN GELDER zulassen, siehe dazu unten 1. Teil, A II 2.

15) Die Vorschrift hat lediglich durch das 1. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969 (BGBl. I S. 1106) eine Änderung erfahren, und zwar dahingehend, daß in Abs. 2 für die Kündigung nicht mehr auf den durch dieses Gesetz aufgehobenen § 623 BGB verwiesen wird. In der Substanz ist § 620 BGB also seit 1900 völlig unverändert geblieben.

16) Zur Analogie unten 1. Teil, A II 4

17) Urt. vom 26.11.55, 2 AZR 516/54, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1951

mulierung häufig zustimmend zitiert[18], wonach nicht etwa gemäß § 620 BGB befristete Dienstverträge die Regel und unbefristete die Ausnahme sind, sondern "die unbefristeten Verträge in gewissem Sinne den Vorzug verdienen", weil sie "die sozialrechtlich privilegierte und daher sozialstaatlich gesehen erwünschtere Regelung" sind. Nach einer Formulierung von SEITER[19] ist die Einschränkung der Zulässigkeit von Fristverträgen die konsequente Fortsetzung des Rechtsformenzwangs im Arbeitsrecht.

Andererseits anerkennen die Rechtsprechung und die ganz überwiegende Literatur, daß es für das Rechtsinstitut des befristeten Arbeitsverhältnisses ein unabweisbares Bedürfnis gibt[20]. Die prinzipielle Zulässigkeit von Befristungen läßt sich schon deshalb schwer bestreiten, weil der Gesetzgeber im 1. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969[21] zwar eine durch die Aufhebung des § 623 BGB veranlaßte Änderung des § 620 BGB vorgenommen hat, dabei jedoch diese Vorschrift im übrigen völlig unangetastet gelassen hat, und weil der Gesetzgeber auch bei den mehrfachen Änderungen des Kündigungsschutzgesetzes nicht die Gelegenheit wahrgenommen hat, den § 620 BGB zu reformieren. Man muß also davon ausgehen, daß trotz des Ausbaus des Kündigungsschutzes die jedenfalls grundsätzliche Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge noch vom Willen des Gesetz-

---

18) Z. B. bei LINDER, DB 1975, 2082 (LINDER gibt allerdings eine falsche Fundstelle an); MünchKomm-Schwerdtner, § 620 Rdnr. 11. Vgl. auch HUECK, ArbR. I, § 55 III 2, S. 533; NIKISCH, ArbR I, § 47 II 2, S. 671; PALME BlStSozArbR 1977, 56, unter III.
Daß unbefristete Arbeitsverhältnisse den Vorzug verdienen, ist heute ganz h. M., siehe die zahlreichen Nachweise bei OTTE, S. 6, Fn. 2. A. A. BÜTTICHER Anm. zu BAG (GS) Beschl. vom 12.10.60, SAE 1961, 128 (130), unter IV, dem diese Formulierung "zu weit geht".

19) In: Sozialrechtsprechung, Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 1978, S. 515ff., 519f. Zum Rechtsformenzwang im Arbeitsvertragsrecht siehe die zahlreichen Nachweise bei MünchKomm-Schwerdtner, § 620 Fn. 23 (zu Rdnr. 12).

20) Siehe beispielsweise NIKISCH, ArbR I, § 47 II 2, S. 671; ZÖLLNER, DJT-Gutachten, S. D 122; PALME, BlStSozArbR 1977, 56, unter III; BEITZKE Anm. zu BAG SAE 1980, 186.

21) BGBl. I, S. 1106

gebers getragen wird, und daß der Gesetzgeber eine Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften auf alle Fristverträge nicht wünscht[22].

Somit sind den Restriktionen gegenüber befristeten Arbeitsverträgen Grenzen gesetzt[23]. Dieser Konflikt zwischen einerseits einer sozialstaatlichen[24] Gesamtschau und der Gefahr einer Aushöhlung des Kündigungsschutzes durch Befristungen, sowie andererseits dem zu billigenden wirtschaftlichen Bedürfnis für das Rechtsinstitut und der "Anerkennung"[25] des Fristvertrages in § 620 BGB, versucht die h. M. zumindest seit dem grundlegenden Beschluß des Großen Senats des BAG von 1960[26] mit der Formel zu lösen, daß befristete Arbeitsverträge nur zulässig sind, wenn ein ausreichender sachlicher Grund für die Befristung besteht. Für diese Mittellösung spricht vieles[27]. Sie ist jedoch dogmatisch noch immer unzureichend abgesichert[28]. Auch zeigen sich bei der praktischen Anwendung erhebliche Probleme. Es handelt sich um eine richterrechtliche Generalklausel, die konkretisierungsbedürftig ist. Diese Konkretisierung hat bisher noch keine hinrei-

---

22) Siehe dazu unten 1. Teil, A II 4 b) bb) γ)

23) A. A. LINDER und DAMMANN, die Befristungen praktisch als schlechthin unzulässig ansehen, siehe unten 1. Teil, A II 1.

24) Das BAG hat im Urteil vom 12.5.55, 2 AZR 23/54, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 1 R, ausgeführt, daß die Rechtsprechung zu befristeten Arbeitsverhältnissen den Grundsatz der Sozialstaatlichkeit in Art. 20 I und 28 I 1 GG verwirklicht. Ähnlich BAG Urt. vom 15.3.78, 5 AZR 819/76, DB 1978, 1035. In diesem Urteil wird der arbeitsrechtliche Bestandsschutz als "eine Ausprägung des verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzips" bezeichnet.

25) Hierzu insbesondere SCHRÖTER, Befristete Arbeitsverträge und arbeitsrechtliche Vertragsfreiheit, Diss. Göttingen 1972.

26) Beschl. vom 12.10.1960, GS 1/59 (3 AZR 65/56), AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

27) Näheres unten 1. Teil, A I 3 und III

28) Näheres unten 1. Teil, A I 3 und II 3

chend scharfen Konturen angenommen und ist zum Teil in sich widersprüchlich[29]. Wegen dieser "Mängel" wird die Formel vom sachlichen Grund auch von manchen der Autoren abgelehnt, die Befristungen weder als schlechthin unzulässig noch als unbeschränkt zulässig ansehen[30].

D. Schwerpunkte dieser Arbeit und noch verbleibende Lücken

Trotz einer ganzen Reihe z. T. sehr verdienstvoller Arbeiten kann die Rechtslage noch keineswegs als geklärt bezeichnet werden. Zum einen ist die sehr umfangreiche einschlägige Rechtsprechung und Aufsatzliteratur der letzten Jahre noch zu verarbeiten. Zum anderen haben einige Problemkreise bisher keine oder unzureichende Aufmerksamkeit gefunden, was sich auch daraus erklären mag, daß die Autoren der bisherigen im Druck erschienen Untersuchungen - GROTHEER und OTTE - entgegen der hier vertretenen Ansicht von der analogen Anwendbarkeit insbesondere des Kündigungsschutzgesetzes auf Fristverträge ausgehen, und einige Fragen sich deshalb für sie überhaupt nicht stellen[31].

I. Schwerpunkte dieser Arbeit

Diese Arbeit konzentriert sich im wesentlichen auf das umstrittenste Feld der Befristungsproblematik, nämlich auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen Arbeitsverträge (überhaupt) befristet werden dürfen. Hierzu gehören insbesondere:

---

29) Zu denken ist etwa an das Merkmal der Oblichkeit. Durch die Einschränkung, daß die Oblichkeit eine berechtigte sein muß, wird dieses Merkmal fast völlig sinnentleert. Näher dazu unten 1. Teil, C IV.

30) So WIEDEMANN, Festschrift Lange, S. 395 (397f.) und PESTALOZZA, Anm. zu BAG Urt. vom 22.3.73, SAE 1974, 162, unter 1.

31) Beispielsweise die Konkretisierung des sachlichen Grundes (bei einer Analogie zu Kündigungsvorschriften in der von GROTHEER und OTTE vertretenen Weise stellt sich die Frage nach einem Sachgrund gar nicht) und die Frage nach der zulässigen Dauer der Befristung.

1. Die Auseinandersetzung mit der neuerdings im Vordringen begriffenen Meinung, daß diese Problematik nicht durch ein Sachgrunderfordernis, sondern durch analoge Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften zu lösen sei[32].

2. Die bisher nicht übliche Unterscheidung zwischen Fallgestaltungen, bei denen gar kein Bedürfnis für die Kontrolle der Befristung besteht (fehlende Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers)[33], und solchen, bei denen für die Zulässigkeit der Befristung ein - im Wege der Interessenabwägung festzustellender[34] - sachlicher Grund erforderlich ist[35].

3. Die Diskussion der Frage, ob auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen von nicht mehr als sechs Monaten Dauer und in Betrieben mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern ein Sachgrund erforderlich ist[36].

4. Die Konkretisierung des "ausreichenden sachlichen Grundes"[37], einschließlich einer Auseinandersetzung mit den vom BAG entwickelten Kriterien[38], insbesondere der "Oblichkeit"[39].

---

32) Siehe hierzu unten 1. Teil, A II 4 b)

33) Siehe hierzu unten 1. Teil, B III

34) Siehe hierzu unten 1. Teil, C II

35) Die Unterscheidung ermöglicht eine präzisere Argumentation. Dies zeigt sich z. B. bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen leitende Angestellte i. s. d. § 14 II KSchG befristet werden dürfen. Siehe dazu unten 1. Teil, B III 5 a), insbes. cc). Die Unterscheidung macht auch den Blick frei für die klare Sicht dessen, daß ein Sachgrund sich nur aufgrund einer Abwägung der beteiligten Interessen ergeben kann, siehe unten 1. Teil, C II-IV. Diese Erkenntnis führt wiederum z. B. zu der Schlußfolgerung, daß entgegen allgemeiner Obung eine Befristung nicht schon deshalb zulässig sein kann, weil der Arbeitnehmer Ausländer ist. Dazu unten 3. Teil, C I 5.

36) Siehe hierzu unten 1. Teil, B IV und V.

37) Siehe hierzu unten 1. Teil, C

38) Die vom BAG entwickelten Kriterien sind lückenhaft. Daß das BAG nur eine Kasuistik des sachlichen Grundes liefert, aber den Begriff nicht konkretisiert, wurde bereits von WIEDEMANN (Festschrift Lange, S. 395) und OTTE (S. 7) kritisiert.

39) Siehe hierzu unten 1. Teil, C IV

5. Die neuerdings umstrittene Frage, ob und inwieweit auflösend bedingte oder zweckbefristete Arbeitsverträge zulässig sind[40].

6. Ein neues Ordnungsschema für die sich aus Rechtsprechung und Literatur ergebende Kasuistik[41], das von den zugrundeliegenden Interessen ausgeht[42] und die sich ergebenden Fallgruppen stark ausdifferenziert. Hierdurch wird eine Gegenüberstellung verwandter, aber doch unterschiedlicher Gruppen möglich, die eine Entscheidungshilfe[43] dafür ergibt, bis zu welcher Interessenkonstellation eine Befristung angemessen erscheint[44], und welche Einschränkungen der Zulässigkeit gegebenenfalls bei bestimmten Gruppen erforderlich sind.

7. Wichtig erschien mir ferner, immer wieder darauf hinzuweisen, daß Einschränkungen der Zulässigkeit bzw. der Wirksamkeit von Befristungen, die dem Schutz des Arbeitnehmers dienen sollen, sich letztlich zu Ungunsten der "Begünstigten" auswirken können[45]. Dies ist anscheinend noch kaum berücksichtigt worden, muß aber in die Oberlegungen einbezogen werden.

---

40) Siehe hierzu unten 2. Teil, B

41) Unten 3. Teil, C

42) Eine Fallgruppenbildung unter Berücksichtigung der zugrundeliegenden Interessen hat erstmals WIEDEMANN vorgenommen in Festschrift Lange, S. 395 (401ff.), allerdings in wesentlich geringerem Umfang und nicht so konsequent interessenbezogen.

43) Zur Gegenüberstellung von "Vergleichsfällen" als anzustrebende juristische Argumentationstechnik siehe Haft, Strafrecht und Rhetorik, JuS 1981, 718 (719).

44) Ein Beispiel für eine differenzierte Lösung aufgrund genau definierbarer, sich aus den zugrundeliegenden Interessen ergebender Fallgruppen sind die Ausführungen unten zur Befristung bei Bauarbeiten, 3. Teil, C I 1 c) cc) d), a. E.

45) Siehe insbesondere unten 1. Teil, C II 4 c). Vgl. auch EICH, DB 1978, 1785 (1787 a. E.), m. N., und unten 3. Teil, IV 4 c) bb) ß) ßß).

II. Verbleibende Lücken

Folgende z. T. wichtige Probleme können nicht oder nur kurz erörtert werden, obwohl diese Fragen auch in den bisherigen Veröffentlichungen überhaupt nicht oder nicht ausreichend behandelt werden:

1. Inwieweit können Kollektivverträge Befristungen zulässig oder unzulässig machen, die nach den allgemeinen Grundsätzen unwirksam oder wirksam wären?[46)]

2. Kann aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine nach den übrigen Kriterien gerechtfertigte Befristung unzulässig sein?[47)]

3. Kann trotz sachlicher Rechtfertigung einer Befristung nach Fristablauf eine Pflicht zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bestehen, und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen?[48)]

---

46) Die Behandlung dieser Frage mußte völlig unterbleiben.

47) Diese Frage wird insbesondere durch das BAG-Urteil vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, aufgeworfen, in dem es unter II 4 a) heißt, es sei "unzulässig, es ohne feste Regel, die für die Beteiligten durchschaubar sein muß, dem Zufall zu überlassen, welcher Lektor auf Zeit und welcher Lektor auf Dauer beschäftigt wird".
Ein Gleichbehandlungsanspruch wird von M. WOLF in Anm. II zu BAG AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag verneint (unter 2 b), hingegen von WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (89), I 2 d, grundsätzlich bejaht. KR-HILLEBRECHT, § 620 Rdnr. 129, folgt WIEDEMANN/PALENBERG. Ein Gleichbehandlungsproblem besteht auch, wenn beim gleichzeitigen Auslaufen mehrerer befristeter Arbeitsverträge einige verlängert werden und einige nicht.

48) Siehe hierzu KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 214-228. HILLEBRECHT verneint unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BAG (m. E. zu Recht) eine Fortsetzungspflicht bei Wegfall des sachlichen Grundes (Rdnr. 214f.). Dabei erwähnt HILLEBRECHT allerdings nicht, daß im Schrifttum zu dieser Frage auch abweichende Ansichten vertreten werden, etwa von FALKENBERG (DB 1971, 430 (433), C I 5): "Wenn sich beispielsweise nach Vertragsschluß herausstellt, daß die Haushaltsmittel für eine Festanstellung entgegen der damaligen begründeten Annahme doch zur Verfügung stehen und der Ar-

4. Wie ist die sachliche Rechtfertigung hinsichtlich der Dauer des einzelnen befristeten Arbeitsvertrages und des gesamten befristeten Arbeitsverhältnisses zu konkretisieren?[49]

5. Welche Möglichkeiten hat der Betriebs- und Personalrat, um Befristungen zu verhindern?[50]

---

beitnehmer deshalb über den vereinbarten Endtermin hinaus weiterbeschäftigt werden kann, halte ich eine Berufung des Arbeitgebers auf den Fristablauf für rechtsmißbräuchlich im Sinne eines Verstoßes gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB)."

In Rdnr. 216 - 219 behandelt HILLEBRECHT die rechtsmißbräuchliche Berufung auf den Fristablauf. Hierzu sei als markantes Beispiel aus der Rechtsprechung des BAG ein Leitsatz zu einem befristeten Probearbeitsverhältnis genannt (Leitsatz 3 des Urteils vom 28.11.63, 2 AZR 140/63, AP Nr. 26 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag): "Die Berufung auf den Ablauf der Probezeit, während der die Arbeitnehmerin sich voll bewährt hat, stellt eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn sie ausschließlich wegen einer im Lauf der Probezeit eingetretenen Schwangerschaft der Arbeitnehmerin erfolgt".

HILLEBRECHT behandelt ferner die Fortsetzungspflicht aus Vertrauensschutz (Rdnr. 220 - 222), aus Zusage der Weiterbeschäftigung (Rdnr. 223 - 225) und aus tariflichen Einstellungsgeboten (Rdnr. 226 - 228).

Auch die oben in Fn. 47 angesprochene Frage eines Gleichbehandlungsgrundsatzes bei Verlängerung abgelaufener Zeitverträge gehört zum Problemkreis der Fortsetzungspflicht.

Die Berechtigung dieser Fallgruppen einer Fortsetzungspflicht kann hier leider nicht diskutiert werden.

49) Siehe dazu unten die kurzen Hinweise im 4. Teil.

50) Insbesondere handelt es sich hier um die Frage, ob der Betriebsrat nach § 99 I BetrVG (beim Personalrat § 75 I 1 BPersVG) bei einer unzulässigen Befristung die Zustimmung zur Einstellung verweigen darf. Das BAG hat im Urteil vom 20.6.78, 1 ABR 65/75, DB 1978, 2033, diese Frage verneint, weil nicht die Einstellung, sondern die vorgesehene Beendigung rechtswidrig sei, und andernfalls die Schutzfunktion des Betriebsrats für den Arbeitnehmer in ihr Gegenteil verkehrt würde. Den Nachteil für den einzustellenden Arbeitnehmer vermeidet LÜRCHER, der mit sehr beachtlichen Argumenten in seinem Aufsatz "Zeitarbeitsverträge als Problem der Mitbestimmung von Betriebs- und Personalräten bei der Einstellung", BlStSozArbR 1981, 177, die Ansicht vertritt, daß der Betriebs- bzw. Personalrat die Verweigerung seiner Zustimmung auf die Befristungsklausel beschränken könne. A. A. als das BAG auch BOBROWSKI/GAUL, C III Rdnr. 15.

6. Ist es in jedem Fall einer unzulässigen Befristung sachgerecht, das Arbeitsverhältnis weitgehend wie ein unbefristetes zu behandeln?[51)]

7. Welche besonderen Sachgründe sind im Hochschulbereich anzuerkennen?[52)]

Unterbleiben mußten auch nähere Ausführungen zu folgenden Problemkreisen:

1. Zur Kündigung bei zulässigen und unzulässigen Befristungen[53)].

2. Zur Durchsetzung der Rechte des Arbeitnehmers, die sich aus der Unzulässigkeit einer Befristung ergeben, wären zu erörtern:

---

51) Dies ist m. E. für solche Fälle zu bezweifeln, in denen die Unzulässigkeit sich lediglich aus einer zu kurzen Vertragslaufzeit ergibt. Vgl. hierzu auch KR-HILLEBRECHT, § 620 BGB Rdnr. 90.

52) Siehe hierzu unten 3. Teil, C I 6.

53) Befristete Arbeitsverträge i. e. S. können unstreitig nicht ordentlich gekündigt werden, wenn nicht etwas anderes vereinbart ist (siehe BAG Urt. vom 19.6.80, AZR 660/78, unter 1 b, AP Nr. 55 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R, m. w. N.). Für auflösende Bedingungen vertritt NIKISCH, ArbR I, § 47 II, S. 669, die Ansicht, es handle sich um eine bloße Höchstdauer, die eine Kündigung nicht ausschließe. A. A. BAG a. a. O.; siehe hierzu auch Fn. 725. Dazu, daß Kündigungsschutzvorschriften nach h. M. bei zulässigen Befristungen nicht anwendbar sind, siehe oben Fn. 11.

Zu Einschränkungen der Kündigungsmöglichkeit bei unzulässigen Befristungen siehe unten 1. Teil, A I 3, Fn. 87. Zu der Frage, ob die Berufung des Arbeitgebers auf den Fristablauf oder die Ablehnung der Weiterbeschäftigung eine Kündigung enthalten, siehe ausführlich KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 210 - 213.

Sehr interessant wären Lösungsversuche zu der Frage, wie das Kündigungsschutzrecht ausgestaltet werden müßte, um einen Teil der Befristungen - z. B. die Fälle eines "Fortbildungszwecks" - entbehrlich zu machen.

a) Materiellrechtlich:

aa) die Frage einer Verwirkung der Geltendmachung der Unzulässigkeit von Befristungen[54]

bb) die Frage, ob der Arbeitnehmer analog § 4 S. 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Mitteilung, daß er über den Vertragsablauf hinaus nicht weiterbeschäftigt wird, oder innerhalb von drei Wochen nach Ablauf der Befristung Klage erheben muß[55)]

b) Prozessual:

aa) Bestimmtheit und Feststellungsinteresse bei Feststellungsklagen[56)]

---

54) Zur materiellrechtlichen und prozessualen Verwirkung ausführlich KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 233 - 236. Für eine materiellrechtliche Verwirkung nach § 242 BGB SÄCKER, RdA 1976, 91 (95f.). Demgegenüber BAG Urt. vom 7.3.80, 7 AZR 177/78, Leitsatz 2, AP Nr. 54 zu § 620 Befristeter Arbeitsvertrag, für eine prozessuale Verwirkung der Klagebefugnis. KR-HILLEBRECHT, a. a. O., Rdnr. 236f., lehnt beide Formen der Verwirkung ab.

55) Das BAG hat in den Urteilen vom 26.4.79, 2 AZR 431/77, AP Nr. 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, und vom 24.10.79, 5 AZR 851/78, AP Nr. 49 a. a. O., eine Dreiwochenfrist ab Zugang der Mitteilung verneint, jedoch ausdrücklich unentschieden gelassen, ob diese Frist ab Ablauf des Arbeitsvertrages läuft. Die Gründe besonders des Urteils des 2. Senats (unter 5 b der Gründe) zeigen, daß das erkennende Gericht zur Bejahung der letztgenannten Frage tendiert. Jedoch hat später ein weiterer BAG-Senat im Urteil vom 7.3.80, 7 AZR 177/78, AP Nr. 54 a. a. O., auch eine solche Klagefrist abgelehnt. Ein bedeutender Teil der Literatur bejaht eine Klagefrist ab Befristungsende, z. B. ZÖLLNER, ArbR, § 21 I 3 c, S. 177, Fn. 6; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 231f., 237f. (insbesondere Rdnr. 238 m. w. N.); weitere Nachweise in dem letztgenannten BAG-Urteil unter I 1 a. HILLEBRECHT, a. a. O. Rdnr. 238, will verspätete Feststellungsklagen nach den Grundsätzen des § 5 KSchG zulassen.

Für eine Analogie zu § 4 S. 1 KSchG besteht selbstverständlich kein Bedürfnis, wenn man Verwirkung annimmt.

56) Siehe hierzu KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 243 - 246 und folgende BAG-Urteile: vom 2.6.76, 5 AZR 131/75, AP Nr. 20 zu § 611 BGB Abhängigkeit; 29.7.76, 3 AZR 7/75, AP Nr. 41 zu § 520 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; 12.12.79, 7 AZR 960/77, AR-Blattei D, Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis VIII, Entscheidung 33, mit zu Recht ablehnender Anm. von HERSCHEL.

bb) die Beweislast[57)]

cc) die Frage, inwieweit die Bejahung oder Verneinung eines sachlichen Grundes revisibel ist[58)].

dd) die Durchsetzung des Weiterbeschäftigungsanspruchs bei unwirksamer Befristung[59)]

---

57) Nach st. Rspr. des BAG trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, daß das Arbeitsverhältnis befristet ist, und der Arbeitnehmer dafür, daß die Befristung nicht sachlich gerechtfertigt ist. Nach dem Beschluß des Großen Senats vom 12.10.60, GS 1/59 (3 AZR 65/56), unter C 4 der Gründe, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, schließt dies "jedoch nicht aus, daß sich die Beweisführungslast nach Lage des jeweiligen Falles dahin ändern kann, daß der Arbeitgeber seinerseits das Vorbringen des Klägers, das dem ersten Anschein nach zutreffend ist, durch Gegendarlegungen und Gegenbeweise zu entkräften hat." Trotz dieser Beweiserleichterung wird die Beweislast des Arbeitnehmers in der Literatur ganz überwiegend abgelehnt. Siehe hierzu OTTE S. 20 m. w. N.

Lediglich die Beweislast für die Befristung, also nicht diejenige für den sachlichen Grund, behandelt LESER in seinem Aufsatz "Die Beweislast für die Befristung des Arbeitsvertrages", BB 1965, 1151 (die Beweislast trägt derjenige, der sich auf die Befristung beruft). Siehe ferner KR-HILLEBRECHT § 620 BGB zur Beweislast für die Befristung (Rdnr. 239) und zur Beweislast für den sachlichen Grund (Rdnr. 240 - 242), jeweils mit zahlreichen Nachweisen. HILLEBRECHT folgt der h. L. (Rdnr. 242), ist jedoch der Meinung, daß diese Abweichung von der BAG-Rechtsprechung nur von theoretischer Bedeutung ist.

58) Das BAG bezeichnet den "sachlichen Grund" als unbestimmten Rechtsbegriff. "Eine Rechtsverletzung liegt nur vor, wenn das LAG den Rechtsbegriff selbst verkannt oder bei der Unterordnung des Sachverhaltes unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt oder wenn die Bewertung wegen Außerachtlassung wesentlicher Umstände offensichtlich fehlerhaft ist" (BAG Urt. vom 22.9.61, 1 AZR 36/60, AP Nr. 20 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; ebenso Urt. vom 25.1.73, 2 AZR 158/72, AP Nr. 37 a. a. O., und vom 30.9.81, 7 AZR 467/79, unter 2.). De facto besteht aber dennoch der Eindruck, daß das BAG in aller Regel das Vorliegen eines Sachgrundes uneingeschränkt überprüft.

59) Siehe JOBS/BADER, DB Beilage 21/1981, unter V, S. 8.

1. TEIL: DER AUSREICHENDE SACHLICHE GRUND ALS ANGELPUNKT FÜR DIE BEURTEILUNG DER ZULÄSSIGKEIT BEFRISTETER ARBEITSVERTRÄGE

A. Meinungsstand zur Frage der Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge

Bei der folgenden Zusammenstellung der von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Lösungsansätze kann ich mich sehr kurz fassen, da bereits in zahlreichen anderen Untersuchungen der Meinungsstand - wenn auch nirgends vollständig - dargestellt worden ist. Eine ausführliche Auseinandersetzung ist nur hinsichtlich des Lösungsansatzes der analogen oder unmittelbaren Anwendung des Kündigungsschutzrechts erforderlich, weil diese Auffassung in den letzten Jahren im Vordringen begriffen ist und in den vorliegenden Arbeiten nicht differenziert genug dargestellt und diskutiert wird.

I. Rechtsprechung[60]

1. Reichsarbeitsgericht (subjektive Gesetzesumgehung)

Die Rechtsprechung des RAG zu befristeten Arbeitsverträgen geht bis auf das Jahr 1928 zurück[61]. Das RAG nimmt eine Zulässigkeitskontrolle stets nur bei sogenannten Kettenverträgen vor[62], also bei mehreren lückenlos aneinander anschliessenden Fristverträgen. Wenn solchen Kettenverträgen die Absicht der Umgehung zwingender Kündigungsschutzbestimmungen zugrunde liegt, besteht nach Ansicht des RAG Nichtigkeit nach

---

60) Die ältere Rechtsprechung bis zu Beschluß des Großen Senats vom 12.10.1960 wird insbesondere bei SCHRÖTER, S. 7 - 40, sehr viel ausführlicher behandelt. Ich lehne mich bei der folgenden kurzen Obersicht weitgehend an die Darstellung bei SCHRÖTER an.

61) RAG Urt. vom 19.5.1928, RAGE 1, 361 = ARS 3,3.

62) Besonders deutlich kommt dies zum Ausdruck im Urteil vom 5.1.38, 181/37, ARS 32, 174 (176).

§ 134 BGB, die sich entgegen § 139 BGB nur auf die Befristungsklausel erstreckt[63], so daß der Arbeitsvertrag als unbefristeter wirksam bleibt. Das RAG verneint eine Umgehungsabsicht, wenn "irgendein wirtschaftlicher Grund oder auch ein schutzwürdiges Interesse bestand, dieses Dienstverhältnis in der geschehenen Form durch Abschluß von Serien von Einzelarbeitsverhältnissen zu regeln"[64]. Besonders bei Befristungen im öffentlichen Dienst zeigt das RAG sehr viel Nachsicht, weil es die hier beteiligten öffentlichen Interessen höher bewertet als die Interessen privater Arbeitgeber[65]. In den beiden letzten veröffentlichten Urteilen des RAG zu Fristverträgen[66] taucht erstmals in Form von Hilfserwägungen der Gesichtspunkt der Fürsorgepflichtverletzung auf, nachdem das AOG in Kraft getreten war, das in § 2 eine Fürsorgepflicht des Betriebsführers normiert[67]. Das RAG hat jedoch seinen Ansatzpunkt der subjektiven Gesetzesumgehung niemals aufgegeben.

Die zeitgenössische Literatur hat der Rechtsprechung des RAG im wesentlichen zugestimmt[68]. Demgegenüber findet die Theorie der subjektiven Umgehung in der heutigen Literatur keiner-

---

63) RAG Urt. vom 4.2.1931, ARS 11, 233 (236f.)

64) RAG Urt. vom 10.9.1931, ARS 13, 42 (47)

65) RAG Urt. vom 9.4.1930, ARS 9, 350; vom 6.5.1931, ARS 12, 95.

66) RAG Urt. vom 2.12.1936, ARS 28, 343; Urt. vom 5.1.1938, ARS 32, 174.

67) Siehe HUECK/NIPPERDEY/DIETZ, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 4. Auflage 1943, Rdnr. 11ff. zu § 2.

68) Vgl. A. HUECK Anm. zu RAG ARS 4, 360; HUECK/NIPPERDEY/DIETZ, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 4. Aufl. 1943, Vorbem. 5 vor § 56; FLATOW/KAHN-FREUND, Betriebsrätegesetz, 13. Aufl. 1931, Anm. III zu § 84, S. 436; MAUS, Das Recht des Arbeitsvertrages, 1946, S. 474; MOLITOR, Die Kündigung, 2. Aufl. 1951, S. 167. Kritisiert wurden nur Einzelheiten dieser Rechtsprechung, z. B. die zu starke Bewertung der Arbeitgeberinteressen im öffentlichen Dienst, siehe DERSCH, ARS 16, 70 und HUECK, ARS 19, LAG 225.

lei Anhängerschaft[69]. Das wichtigste[70] und m. E. voll überzeugende Gegenargument besteht darin, daß das subjektive Merkmal der Absicht einer Umgehung kaum nachzuweisen ist und dieser Ansatzpunkt deshalb nicht geeignet ist, Mißbräuche der Befristung zu verhindern. Ein Teil der neueren Literatur meint auch, eine Umgehung scheide schon deshalb aus, weil Fristverträge nach § 620 BGB ein zulässiges Mittel seien, um den zulässigen Erfolg einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Beachtung von Kündigungsvorschriften zu erreichen[71]. Dies trifft aber nicht zu, da die Zulässigkeit dieses Mittels und dieses Erfolges sehr wohl nur unter bestimmten Voraussetzungen bestehen kann, und beim Fehlen dieser Voraussetzungen dann ein Verbot besteht.

2. Landesarbeitsgerichte von 1945 bis zur Errichtung des BAG 1954

a) Subjektive Gesetzesumgehung

Von einigen Landesarbeitsgerichten wurde das vom RAG gefundene Kriterium der Umgehungsabsicht weiterhin angewendet[72].

---

69) So auch GROTHEER S. 57. Ablehnend äußern sich z. B. GROTHEER S. 17 und 57f.; A. HUECK RdA 1953, 85f.; HUECK, ArbR I, S. 535, Fn. 37; MOLITOR BB 1954, 504; NIKISCH BB 1955, 197; WOHNSEIFER S. 25f.; BÖHM S. 21f.; SCHRÖTER S. 17ff.; AUFDERHAAR S. 120f.; OTTE S. 45ff.

70) Widersprüche in den Details der Argumentation des RAG zeigt SCHRÖTER auf (S. 17 - 20). Hierbei handelt es sich aber um Mängel der konkreten Rechtsprechung des RAG und nicht um grundsätzliche Argumente gegen den dogmatischen Ansatzpunkt der subjektiven Umgehung.

71) Z. B. BÖHM S. 21ff.; OTTE S. 48f.

72) LAG Hannover Urt. vom 10.5.50, BB 1950, 508; vom 5.7.50, BB 1950, 508; vom 8.12.1950, AP 1952 Nr. 99; LAG Berlin Urt. vom 24.10.50, BB 1951, 867; vom 1.12.52, ARSt IX, 618; LAG München Urt. vom 11.3.52, AP 1953 Nr. 71; LAG Hamm Urt. vom 2.10.1953, DB 1953, 972; LAG Düsseldorf Urt. vom 30.3.1953, DB 1954, 216.

b) Fürsorgepflichtverletzung

Ein anderer Teil der Landesarbeitsgerichte[73] benutzte den schon in die Rechtsprechung des RAG eingeflossenen und von HUECK und NIKISCH vertieften dogmatischen Gesichtspunkt der schuldhaften Fürsorgepflichtverletzung. Siehe hierzu unten II 3 b).

c) Analogie zu § 123 BGB (LAG Stuttgart)

Das LAG Stuttgart[74] hat in einer Entscheidung zu einer Analogie zu § 123 BGB gegriffen. In dem Verlangen, einen Fristvertrag nur auf bestimmte Zeit zu verlängern, liege eine Drohung, den Arbeitsvertrag nicht zu verlängern und den Arbeitnehmer nicht weiterzubeschäftigen. Diese Drohung sei rechtswidrig, weil der Arbeitgeber keinen Anspruch auf eine nur befristete Verlängerung des Arbeitsvertrages habe. Der Arbeitnehmer könne deshalb seine Zustimmung zur Befristung anfechten. Analog §§ 1, 3 KSchG 1951 (die den heutigen §§ 1, 4 KSchG i. d. F. vom 25.8.1969 entsprechen) müsse der Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen Feststellungsklage erheben, die analog § 1 KSchG nur Erfolg haben könne, wenn die verketteten Verträge sich über einen Zeitraum von mehr als sechs Monaten erstrecken.

Diese Lösung hat zu Recht weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur Zustimmung gefunden[75]. Als Haupteinwand wird vorgebracht, daß man durchaus nicht in allen Fällen eine Dro-

---

73) LAG Hannover Urt. vom 17.12.1952, BB 1953, 235; LAG Mannheim Urt. vom 8.7.53, BB 1953, 859; ebenso ArbG Hamburg, Urt. vom 5.5.53, AP 1953, Nr. 268; ArbG Berlin, Urt. vom 2.9.54, Der Krankenhausarzt 1955, 92; LAG Mainz Urt. vom 23.8.1960, 1 Sa 142/60, BB 1961, 370.

74) Urt. vom 31.3.54, Leitsätze BB 1954, 501, Tatbestand und zusammengefaßte Gründe bei ENDEMANN, AuR 1954, 265 (270f.)

75) Ablehnend HERSCHEL BB 1953, 1069; MOLITOR BB 1954, 504 (505); BÖHM S. 40 - 42; SCHRÖTER S. 29f.; OTTE S. 57 - 59.

hung annehmen könne. Dieses Gegenargument ist dahingehend zu präzisieren und zugleich zu verallgemeinern, daß in einem Zirkelschluß die Rechtswidrigkeit der Drohung mit dem begründet werden muß, was mittels des § 123 BGB für rechtswidrig erklärt werden soll. Ein schwer zu überwindendes Problem ist ferner, daß die Anfechtung an sich zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrags führt; eine Teilnichtigkeit nur hinsichtlich der Befristungsabrede scheitert am entgegenstehenden Willen des Arbeitgebers[76]. Auch fehlt es für eine Analogie zur Kündigungsschutzklage an der erforderlichen Rechtsähnlichkeit[77]. Desweiteren ist es mit der heute ganz überwiegenden Rechtsauffassung nicht vereinbar, daß dieser Lösungsweg sich nur auf Kettenverträge anwenden läßt[78] und nur unter den Voraussetzungen des § 1 KSchG zu einer Einschränkung der Zulässigkeit von Fristverträgen führt[79].

d) Unzulässigkeit von Befristungen bei Dauerarbeitsplätzen (LAG Freiburg)

Das LAG Freiburg hat in einem Urteil[80] ausgeführt, Befristungen seien wirksam, wenn entweder der Arbeitsplatz kein Dauerarbeitsplatz ist, oder ein anderer Arbeitnehmer ein besseres Recht auf den Arbeitsplatz hat, z. B. bei Krankheits- oder Urlaubsvertretung.

---

76) Zu diesen und weiteren Gegenargumenten siehe insbesondere BÖHM, S. 42ff. Das erwähnte Teilnichtigkeitsproblem tritt allerdings nicht nur bei diesem Lösungsversuch auf, sondern immer dann, wenn man die Befristungsabrede - etwa wegen einer Umgehung - als nichtig ansieht.

77) Hierzu ausführlich HERSCHEL, BB 1953, 1069f., und BÖHM S. 45f.

78) Zur einmaligen Befristung siehe unten B VI

79) Zu Befristungen mit nicht mehr als sechs Monaten Dauer oder in Betrieben mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern siehe unten B IV und V.

80) Urt. vom 13.11.52, AP 1953 Nr. 95 = NJW 1953, 277. Siehe hierzu WOHNSEIFER, S. 27f.; BÖHM S. 55f.; SCHRÖTER S. 29 - 31; AUFDERHAAR S. 109; OTTE S. 62.

Hier handelt es sich um den Versuch einer Abgrenzung danach, ob ein sachlicher Grund für die Befristung vorliegt. Insofern ist dieses Urteil ein Vorläufer der späteren BAG-Rechtsprechung und h. L. zum Sachgrund. Das Urteil enthält jedoch keine eigene dogmatische Begründung für die angewendete Grenzziehung und hat deshalb neben der heutigen BAG-Rechtsprechung keine eigenständige Bedeutung, sondern ist nur noch von historischem Interesse.

SCHRÖTER[81] kritisiert an diesem Urteil, daß das LAG nur von den Arbeitgeberinteressen ausgeht und die Arbeitnehmerinteressen nicht berücksichtigt[82]. Dem ist hinzuzufügen, daß die in dem Urteil angegebenen Kriterien ohnehin noch nicht genügend ausdifferenziert sind, um beschreiben zu können, unter welchen Voraussetzungen Befristungen als interessengerecht erscheinen können[83].

e) Objektive Gesetzesumgehung

Mehrere Landesarbeitsgerichte[84] modifizierten die Rechtsprechung des RAG dahingehend, daß sie auf das Merkmal der Absicht bei der Umgehung verzichteten. Diese Theorie der objektiven Umgehung wurde später auch vom BAG vertreten. Siehe hierzu sogleich unten.

---

81) S. 30f.

82) Vgl. unten C II zur Interessenabwägung

83) Vgl. unten die Kasuistik im 3. Teil, C.

84) LAG Kiel Urt. vom 26.11.49, AP 1952 Nr. 119; LAG Frankfurt Urt. vom 15.5.51, BB 1951, 615; LAG Hamm, Urt. vom 17.7.1951, AP 1952 Nr. 120; LAG Düsseldorf Urt. vom 4.3.52, Öffentlicher Dienst 1952, 139; LAG Mannheim Urt. vom 8.7.53, BB 1953, 859.

3. Bundesarbeitsgericht (Sozialstaatsprinzip, objektive Gesetzesumgehung, sachlicher Grund)

a) Rechtsprechung des BAG

Wenn für eine Befristung kein ausreichender "sachlicher Grund"[85] gegeben ist, handelt es sich nach der Rechtsprechung des BAG um eine objektive Umgehung des Bestandsschutzes, als deren Rechtsfolge der Arbeitgeber sich nicht auf die Befristung berufen kann[86][87]. Er kann dann das Arbeitsverhältnis nur durch Kündigung auflösen.

In den vorliegenden Untersuchungen zu befristeten Arbeitsverträgen werden eine ältere Rechtsprechung des BAG in der Zeit von der Errichtung des BAG 1954 bis 1960 und eine neuere

---

85) Zu der Frage, wie das Merkmal "sachlicher Grund" zu konkretisieren ist, unten C.

86) Insbes. BAG (GS) Beschluß vom 12.10.60, GS 1/59 (3 AZR 65/56), unter C 1 und 2, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3R bis 4R. Siehe auch unten bei und in Fn. 103.

87) Daß das BAG als Rechtsfolge der Umgehung dieses "sich-nicht-berufen-können" und nicht die Nichtigkeit der Befristungsklausel annimmt, hat zwei Folgen: zum einen wird vermieden, daß die Teilnichtigkeit nach § 139 BGB im Zweifel zur Nichtigkeit des gesamten Arbeitsvertrages führt. (Kritisch hierzu BÖHM S. 78: BÖHM vermißt eine Auseinandersetzung mit § 139 BGB in der Entscheidung des Großen Senats. Das Problem des § 139 BGB ist aber vom BAG durchaus gesehen worden, siehe hierzu KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 202 m. N.). Zum anderen kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht für einen vor Fristablauf liegenden Zeitpunkt ordentlich kündigen (BAG Urt. vom 19.6.80, 2 AZR 660/78, Leitsatz 2 und unter 2. der Gründe, AP Nr. 55 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), da der Arbeitnehmer nicht daran gehindert ist, sich auf die Befristung und den mit dieser (bei fehlender abweichender Vereinbarung) verbundenen Ausschluß der ordentlichen Kündigung zu berufen. Aufgrund einer Schutzzweck-Oberlegung ist auch der Arbeitnehmer trotz Unzulässigkeit der Befristung für die Laufzeit des Vertrages an den Arbeitgeber gebunden, so BAG Urt. vom 2.12.65, 2 AZR 91/65, Leitsatz 1 und unter I, AP Nr. 27 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Vgl. hierzu auch die Ausführungen unten bei Fn. 106 und 107.

Rechtsprechung des BAG ab dem grundlegenden Beschluß des BAG vom 12.10.1960[88] scharf unterschieden[89]. Die genaue Lektüre der einschlägigen Entscheidungen des BAG zeigt jedoch, daß zwischen der sogenannten älteren und der neueren Rechtsprechung kein Bruch besteht, sondern daß es sich um eine kontinuierliche Weiterentwicklung handelt. Der Eindruck einer Diskontinuität ist offenbar dadurch entstanden, daß das BAG in seinen am 21.10.1954 ergangenen beiden ersten Urteilen zu befristeten Arbeitsverträgen[90] das Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 I und Art. 28 I 1 GG bei der Begründung seiner Auffassung herausgestellt hat, jedoch in dem erwähnten grundliegenden Beschluß des Großen Senats dieses Argument nicht mehr herangezogen hat. Der Sozialstaatsgrundsatz war jedoch auch in diesen beiden ersten Urteilen kein wirklich tragender Entscheidungsgrund, obwohl die entsprechenden Ausführungen nicht als Hilfsbegründung kenntlich gemacht sind. Vielmehr enthält die damalige Urteilsbegründung bereits die entscheidenden Elemente des Beschlusses des Großen Senats, nämlich den - allerdings nicht ausdrücklich so bezeichneten - dogmatischen Gesichtspunkt der objektiven Umgehung[91] und das praktische

---

88) a. a. O., (Fn. 86)

89) So z. B. WOHNSEIFER S. 28ff. und 35ff.; SCHRÖTER S. 66ff. und 71ff.; GROTHEER S. 19f. und 20f.; AUFDERHAAR S. 123ff. und 125ff.; OTTE S. 66ff. und 71ff.; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 74f.

90) 2 AZR 25/53, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG, und 2 AZR 40/53, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; die Gründe des letztgenannten Urteils nehmen weitgehend Bezug auf das erstere Urteil.

91) Siehe AP Nr. 7 zu § 1 KSchG, Bl. 3, unter 2. der Gründe, a. E.: "Sofern ... die ... Fristbestimmung ... mit dem im KSchG zum Ausdruck gebrachten Grundsatz des Bestandsschutzes nicht vereinbar ist, verstößt sie gegen ein gesetzliches Verbot und ist daher nach § 134 BGB nichtig. Der Arbeitsvertrag selbst aber bleibt gültig, indem er zum Inhalt hat, daß er unbefristet ist ...". Auch SCHRÖTER, S. 39, weist darauf hin, daß die Gründe dieser Entscheidung sich dahingehend verstehen lassen, daß das Urteil auf dem Institut der Gesetzesumgehung beruht.

Handhabungskriterium des "sachlichen Grundes"[92]. Hinzu kommt, daß das BAG den Gesichtspunkt des Sozialstaatsprinzips nicht erst seit dem Beschluß des Großen Senats fallen gelasssen hat. Außer den beiden bereits erwähnten Entscheidungen vom 21.10.54 enthält nur noch ein Urteil des BAG von 1955[93] den Sozialstaatsgedanken. Der Beschluß des Großen Senats markiert also auch insofern keinen Umbruch.

Daß das Sozialstaatsprinzip in der Rechtsprechung des BAG nur eine kurze Episode blieb[94], ist wohl maßgeblich darauf zurückzuführen, daß dieser Gesichtspunkt in der Literatur nur z. T. Zustimmung gefunden hat[95], überwiegend aber scharf kritisiert worden ist[96]. Diese m. E. berechtigte Kritik stützt sich im wesentlichen auf das Argument, daß das Sozialstaatsprinzip lediglich eine Zielvorgabe sei, aus der keine konkreten Rechtsfolgen abgeleitet werden könnten[97].

---

92) Unter 3. des Urteils, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG, Bl. 3R: Als Beispiel für Umstände, die "einen sachlichen Grund abgeben der die ... Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigt", nennt das Gericht eine betriebliche Arbeit, die "von vornherein einen genau begrenzten Umfang" hat.

93) BAG Urt. vom 12.5.55, 2 AZR 23/54, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 1R. Das LAG Hamburg läßt im Urt. vom 30.6.55, 1 Sa 41/55, AP Nr. 3 a. a. O., Bl. 1R, die Haltbarkeit und Brauchbarkeit der Begründung mit dem Sozialstaatsprinzip dahinstehen.

94) Das LAG Mainz hat aber noch 1960 ein Urteil auf den Sozialstaatsgrundsatz gestützt: Urt. vom 23.8.60, 1 Sa 142/60, BB 1961, 370. Unverständlich ist an diesem Urteil die Formulierung, daß hinsichtlich befristeter Arbeitsverträge der "Verfassungsgrundsatz der Sozialstaatlichkeit ... die spezielle Ausgestaltung der Treu- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers" darstelle. Gemeint ist möglicherweise das Umgekehrte, daß nämlich die Treu- und Fürsorgepflicht eine spezielle Ausprägung des Sozialstaatsprinzips sei.

95) TRIESCHMANN, BArbBl 1955, 308 (310); KROGER, NJW 1955, 1050, und RdA 1955, 248.

96) REINICKE, NJW 1955, 1664; weitere Nachweise bei BÖHM, S. 64

97) So die heute ganz h. M., siehe BVerfGE 27, 253 (283); MAUNZ/DORIG/HERZOG/SCHOLZ Art. 20 Rdnr. 148; V. MANGOLDT/KLEIN, Art. 20 Anm. VIII 2 b, S. 605f.; LEIBHOLZ/RINCK, Art. 20 Anm. 12. A. A. WOHNSEIFER S. 64ff. m. w. N., der es aber letztlich nicht für erforderlich hält, die Einschränkung der Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge auf das Sozialstaatsprinzip zu stützen (S. 67 - 72).

Nicht nur die Abkehr vom Sozialstaatsargument, sondern auch die Prägung der Formel vom "sachlichen Grund" erfolgte lange vor dem Beschluß des Großen Senats, beginnend mit dem bereits oben zitierten ersten einschlägigen Urteil des BAG[98)].

Somit liegt die besondere Bedeutung der Entscheidung des Grossen Senats vor allem darin, daß diese erstmals ein klares und ausdrückliches Bekenntnis des BAG zum dogmatischen Ansatzpunkt der objektiven Umgehung enthält[99)]. Der Lösungsweg der objektiven Umgehung ist keine neue Erfindung des BAG, sondern war schon 1928 vorübergehend vom RAG herangezogen worden[100)], ferner 1933 - unter Hinweis auf dieses Urteil des RAG - vom LAG Stuttgart[101)], sowie nach dem 2. Weltkrieg von den oben unter 2 e) zitierten Landesarbeitsgerichten[102)]. Seit dem Beschluß des Großen Senats ist es ständige Rechtsprechung des BAG[103)], daß der Arbeitgeber sich wegen objektiver Umgehung des Kündigungsschutzrechts auf eine Befristung nicht berufen

---

98) Daß die Befristung zulässig ist, wenn sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist, wird in den folgenden vor dem Beschluß des Großen Senats ergangenen BAG-Urteilen ausgesprochen: v. 21.10.54, 2 AZR 25/53, unter 3., AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1952, Bl. 3R; vom 26.3.57, 3 AZR 608/54, Leitsatz 2, AP Nr. 29 zu § 1 KSchG 1952; vom 6.10.60, 2 AZR 153/59, unter 2, AP Nr. 15 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3; ebenso LAG Mainz, Urt. vom 16.12.58, 2 Sa 64/58, AP Nr. 8 a. a. O., Bl. 2.

99) BAG Beschluß vom 12.10.60, a. a. O. (Fn. 86), Bl. 3Rf., unter C und C 1.

100) Urt. vom 20.12.28, RGZ 123, 84 (87)

101) Urt. vom 18.11.33, ARS 19, LAG Nr. 222

102) Zust. Anm. von DIETZ zu dem Urteil des LAG Frankfurt vom 15.5.51 in SAE 1951, Nr. 49

103) Es können hier nicht alle BAG-Urteile aufgeführt werden, die eine dahingehende Formulierung enthalten. Als Beispiel aus neuerer Zeit siehe das Urteil vom 10.1.80, 2 AZR 25/78, unter I m. w. N., AP Nr. 56 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2 (in der AP ist als Datum des Urteils irrtümlich der 20.1.80 statt des 10.1.80 angegeben).

kann[104], wenn kein die Befristung rechtfertigender "sachlicher Grund" vorliegt und die Befristung dem Arbeitnehmer den Schutz von zwingenden Kündigungsschutzbestimmungen entzieht[105]. Der Arbeitgeber kann also bei Unzulässigkeit der Befristung das Arbeitsverhältnis nur durch Kündigung beenden, während der Arbeitnehmer bei Fristablauf das Arbeitsverhältnis als beendet betrachten kann. Jedoch ist bei unzulässigen befristeten Arbeitsverträgen, in denen kein Kündigungsrecht vereinbart ist, dem Arbeitnehmer[106] - und erst recht dem Arbeitgeber[107] - eine Kündigung für einen vor Fristablauf liegenden Zeitpunkt nicht möglich.

b) Kritik der Literatur und Stellungnahme hierzu

Die am weitesten gehende Kritik an dieser BAG-Rechtsprechung haben E. WOLF/VAN GELDER vorgebracht, indem sie ein Rechtsinstitut der Umgehung - möge diese objektiv oder subjektiv sein - überhaupt verneinen[108].

104) Die Formulierung, daß der Arbeitgeber sich dem Arbeitnehmer gegenüber nicht auf die Befristung berufen kann, enthalten z. B. die BAG-Entscheidungen vom 12.10.60, a. a. O. (Fn. 86), Leitsatz I 2; vom 15.3.66, 2 AZR 211/65, unter 1, AP Nr. 28 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3; vom 30.9.71, 5 AZR 146/71, AP Nr. 36 a. a. O., unter 1.

105) Zu der zusätzlichen Voraussetzung eines Entzugs zwingenden Kündigungsschutzes siehe insbesondere den Leitsatz 2 des Beschlusses des Großen Senats des BAG vom 12.10.60, a. a. O. (Fn. 86), ferner BAG Urt. vom 2.12.65, 2 AZR 91/65, AP Nr. 27 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 1R; vom 31.10.74, 2 AZR 483/73, unter I 1 a, AP Nr. 39 a. a. O.; vom 16.6.76, 2 AZR 630/74, unter II 1, AP Nr. 40 a. a. O.; vom 12.8.76, 3 AZR 502/75, unter 1., AP Nr. 42 a. a. O.

106) BAG Urt. vom 2.12.65, 2 AZR 91/65, Leitsatz 1, AP Nr. 27 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 209. Siehe auch HILLEBRECHT a. a. O. Rdnr. 207: HILLEBRECHT stimmt dem BAG im Ergebnis zu, aber mit anderer Begründung.

107) Anm. von A. HUECK in AP Nr. 27 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter 2 b und 3; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 209; vgl. auch KR-HILLEBRECHT a. a. O., Rdnr. 203.

108) SAE 1970, 122 (123)

A. HUECK[109] hat den Lösungsansatz der objektiven Umgehung mit dem Argument kritisiert, daß schon im Begriff der Umgehung der Wille, ein bestimmtes Ziel zu erreichen, also eine Umgehungsabsicht, enthalten sei. In der Literatur zum allgemeinen Rechtsinstitut der Umgehung wird jedoch überwiegend die objektive Theorie vertreten[110], weil zwingende Rechtsnormen ohne Rücksicht auf die Schuld des einzelnen und nicht nur lückenhaft durchgesetzt werden müssen, und weil eine Umgehungsabsicht sehr schwer nachzuweisen ist[111].

Ferner wird von manchen gegen die Anwendung der objektiven Umgehungstheorie auf Fristverträge eingewendet, daß bei jeder Befristung Schutzgesetze umgangen würden[112], weshalb dieser Ansatz nicht für eine differenzierende Betrachtung tauglich sei. Das trifft m. E. nicht zu. Bei der Frage, ob eine Rechtsnorm umgangen wird, ist der Geltungsbereich dieser Rechtsnorm unter Anwendung aller Auslegungskriterien zu ermitteln[113]. Wenn die Auslegung ergibt, daß z. B. das Kündigungsschutzgesetz nach dem Willen des Gesetzgebers ("historische Auslegung") für einen Teil der Befristungen (nämlich die sachlich gerechtfertigten Fristverträge) nicht gelten soll, so kann eine Umgehung des KSchG nur für den anderen Teil der Zeitverträge vorliegen, eine Differenzierung ist dann also auch bei Anwendung dieser dogmatischen Begründung gegeben. Hinsichtlich des KSchG verhält es sich in der Tat so, daß der historische Ge-

---

109) RdA 1953, 86

110) TEICHMANN, Die Gesetzesumgehung, 1962, S. 67ff., insbes. S. 69f. mit Fn. 27; ENNECCERUS/NIPPERDEY, BGB AT, S. 1162; MOLLER-FREIENFELS, AcP 156, 522 (537); BGH in BGHZ 5, 133, (136); NJW 1959, 33; 1960, 524. A. A. MAYER-MALY in MünchKomm § 134 Rdnr. 20; nach SOERGEL-HEFERMEHL § 134 Rdnr. 40 ist sogar ein sittlich verwerfliches Verhalten der Beteiligten erforderlich.

111) Gegen den Einwand von HUECK auch SCHRÖTER S. 23.

112) siehe z. B. SCHRÖTER S. 24, GROTHEER S. 51, OTTE S. 73

113) Deshalb ist die "Theorie der objektiven Umgehung" eigentlich nur eine andere Bezeichnung für die Ermittlung der Anwendungsbreite des § 620 BGB durch Auslegung und Analogie.

setzgeber das Befristungsproblem gesehen hat und die Geltung nur für einen Teil der Zeitverträge wollte. Dies ergibt sich mit aller wünschenswerten Klarheit aus den Materialien zum KSchG[114]. Bei den anderen durch Befristungen tangierten Schutzgesetzen läßt sich allerdings ein entsprechender Wille des Gesetzgebers nicht so klar nachweisen. Immerhin muß man aber davon ausgehen, daß jedenfalls dem Nachkriegsgesetzgeber das Problem der Fristverträge und die differenzierende Haltung der Rechtsprechung bekannt waren. Hätte der Gesetzgeber die Geltung von an unbefristete Arbeitsverhältnisse anknüpfenden Schutzvorschriften für alle Befristungen gewollt, so hätte er dies ebenso ausdrücklich geregelt wie in dem umgekehrten Fall, daß die Ausschaltung von Schutzvorschriften durch Befristungen hätte schrankenlos zulässig sein sollen. Demnach läßt der dogmatische Ansatzpunkt der objektiven Umgehung von Arbeitnehmerschutzvorschriften (nicht nur des Kündigungsschutzgesetzes) durchaus eine Differenzierung nach dem Kriterium zu, ob die Befristung sachlich gerechtfertigt ist.

Es sollen noch einige kritische Stimmen erwähnt werden, die nicht beim dogmatischen Ausgangspunkt der objektiven Umgehung, sondern mehr bei der Ausführung dieses Konzepts durch das BAG ansetzen.

So wird es z. T. als verfehlt bezeichnet, daß das BAG ausschließlich auf das Kündigungsschutzgesetz und nicht auch auf andere Arbeitnehmerschutzvorschriften abstelle[115]. Dieser Vorwurf ist völlig unberechtigt. Schon in dem ersten BAG-Urteil zu Befristungen hat der erkennende Senat dieses Problem

---

114) BT-Drucksache I/2090, S. 12 = RdA 1951, 63: "Das Gesetz findet nur bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung Anwendung. Es gilt daher nicht für befristete Arbeitsverhältnisse oder Arbeitsverhältnisse, deren Dauer durch die Beschaffenheit oder den Zweck der Dienste begrenzt ist ... Der Abschluß derartiger Arbeitsverhältnisse darf jedoch nicht der Gesetzesumgehung dienen."

115) M. WOLF, Anm. AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter 1.; MACHE BB 1981, 243 (247), unter Ziff. 10.

gesehen und ausgeführt, daß befristete Arbeitsverträge bei einer Dauer bis zu sechs Monaten im Hinblick auf das Kündigungsschutzgesetz unbedenklich sind, hat dabei aber ausdrücklich offen gelassen, ob der sonstige Kündigungsschutz zu einem anderen Ergebnis führt[116]. Der Beschluß des Großen Senats[117] erwähnt neben dem Kündigungsschutzgesetz den gesetzlichen Kündigungsschutz der Schwerbehinderten, der werdenden Mütter, der Betriebsratsmitglieder, der Personalratsmitglieder sowie die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen über Mindestkündigungsfristen. In der Rechtsprechung der unteren Instanzen wird neuerdings auch die entfallende Beteiligung der bei Kündigungen einzuschaltenden Arbeitnehmervertretungen (Betriebsrat oder Personalrat) herangezogen[118].

Demgegenüber ist der häufig geäußerten Kritik[119] zuzustimmen, daß das BAG die Voraussetzungen des sachlichen Grundes nicht hinreichend konkretisiert habe[120]. KEMPFF[121] und MACHE[122] wenden sich überdies gegen die Ergebnisse der BAG-Rechtsprechung mit der Behauptung, daß an den Sachgrund zu geringe Anforderungen gestellt würden bzw. die Arbeitgeberinteressen zu stark berücksichtigt würden. Zu dieser letztgenannten Kritik ist eine qualifizierte Stellungnahme nur in der Weise möglich, daß jede Sachgrund-Fallgruppe gesondert diskutiert wird. Die weiter unten[123] folgenden Ausführungen zur Kasuistik werden ergeben, daß diese Kritik so pauschal nicht zutreffend ist.

---

116) BAG Urt. vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, unter 3., AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1952

117) vom 12.10.60, a. a. O. (Fn. 86), unter C 2

118) LAG Baden-Württ. vom 27.4.79, 5 Sa 18/79, JZ 1979, 649; ArbG München, Urt. vom 18.12.75, 16 Ca 7520/74, BB 1976, 1608.

119) KEMPFF DB 1976, 1576, unter II; OTTE S. 7; ebenso WIEDEMANN und PESTALOZZA a. a. O. (Fn. 30).

120) Zur Konkretisierung des sachlichen Grundes siehe unten C.

121) a. a. O., (Fn. 119)

122) a. a. O., (Fn. 115)

123) Siehe hierzu insbesondere meine Fallgruppenbildung im 3. Teil, C, aber auch den 1. Teil, B (Anwendungsbereich des Sachgrunderfordernisses) und den 2. Teil, B (Zweckbefristung und auflösende Bedingung).

Jedoch gibt es im Schrifttum nicht nur Kritik und abweichende Lösungsvorschläge, sondern ein erheblicher Teil der Literatur geht von der Konzeption der objektiven Umgehung aus. Bei den entsprechenden Ausführungen wird aber meist nicht deutlich, ob der Autor diese Lösung für die beste hält, oder ob er ohne eigene Wertung lediglich die Rechtsprechung des BAG referiert, die ja faktisch geltendes Recht darstellt[124]. Das Ausmaß der Zustimmung in der Literatur läßt sich deshalb sehr schwer einschätzen.

II. Literatur

Die Literatur vertritt in der Befristungsfrage eine enorme Vielfalt von Meinungen. Es gibt hier neben den Extrempositionen "völlige Unzulässigkeit" und "uneingeschränkte Zulässigkeit" zahlreiche Versuche, einen Mittelweg zu finden. Die stärkste Gruppierung in der Literatur stimmt dem Kriterium des ausreichenden sachlichen Grundes zu, folgt aber überwiegend nicht der dogmatischen Begründung des BAG, sondern bietet einige andere Konstruktionen an. In den letzten Jahren Zuwachs erhalten hat die Ansicht, daß Kündigungsvorschriften analog oder unmittelbar auf Fristverträge anzuwenden seien. Auch diese Auffassung wird nicht mit einheitlichem Inhalt vertreten, sondern fächert sich auf hinsichtlich unterschiedlicher dogmatischer Ansätze und unterschiedlichem Umfang der analogen Anwendung. Neben den genannten Extremmeinungen und den letztgenannten beiden "Hauptfraktionen" der Literaturmeinung gibt es noch weitere Lösungsansätze, die eine mittlere Linie verfolgen, aber wenig Anhängerschaft gefunden haben.

---

124) Zur letztgenannten Gruppe - bloße Information über geltendes Recht - gehört z. B. PALME, BlStSozArbR 1977, 56, unter IV a; wohl auch SCHAUB § 39 I 2, S. 156.

Zweifellos zur ersten Gruppe - eigene Zustimmung - zu rechnen sind FALKENBERG, DB 1971, 430 (432), unter C I 1; V. HOYNINGEN-HUENE, Die Billigkeit im Arbeitsrecht, 1978, S. 175.

Eher zur ersten Gruppe gehört auch ZÖLLNER, ArbR, § 21 I 3 c, S. 177.

1. Unzulässigkeit befristeter Arbeitsverträge (LINDER 1975, DAMMAN 1978)

a) Literatur

Die radikalste und einfachste Lösung des Konflikts zwischen Befristungsmöglichkeit und Arbeitnehmerschutzvorschriften für unbefristete Arbeitsverhältnisse wäre eine völlige Unzulässigkeit von Fristverträgen. Dieser Lösung kommt die Auffassung von LINDER und DAMMANN in den praktischen Auswirkungen sehr nahe[125]. Nach Ansicht von LINDER[126] sind befristete Arbeitsverträge nur zulässig, wenn Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleich starke Vertragspartner sind, was wohl nur bei Befristungen auf Wunsch des Arbeitnehmers der Fall sei. Ebenso sieht DAMMANN[127] nur Befristungen auf Verlangen des Arbeitnehmers als zulässig an. LINDER begründet seine Auffassung mit dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 I, 28 I GG) sowie damit, daß die grundsätzliche Zulässigkeit von Fristverträgen verfehlt sei, weil sie faktisch allein den Interessen des Arbeitgebers entgegenkomme. Beide Autoren führen für die Verzichtbarkeit von befristeten Arbeitsverträgen ferner an, daß die Befristungsgründe - nach DAMMANN jedenfalls in den meisten Fällen - eine ordentliche Kündigung rechtfertigten. Ein Widerspruch dieser Auffassung zu § 620 BGB bestehe nicht, da diese Vorschrift nicht auf Arbeitsverhältnisse übertragen werden könne[128].

---

125) Wenn man Befristungen immerhin noch auf Wunsch des Arbeitnehmers zuläßt, ist der Konflikt allerdings von der theoretischen Seite her noch nicht aus der Welt geschafft, denn Kündigungsschutzvorschriften sind nicht dispositiv.

126) DB 1975, 2082 (2083 - 2086)

127) AuR 1978, 65 (67ff., insbes. 72)

128) DAMMANN AuR 1978, 65 (71)

Diese Ansicht einer praktisch generellen Unzulässigkeit von Befristungen wird von der übrigen Literatur abgelehnt, und zwar vor allem mit dem Argument, daß hier rechtspolitische Forderungen als geltendes Recht angesehen würden[129]. Sehr häufig wird auch darauf hingewiesen, daß die grundsätzliche Zulässigkeit von Zeitverträgen sich schon aus der Vertragsfreiheit ergebe[130]. LEIPOLD[131] wendet ferner gegen die Auffassung von LINDER ein, es wäre kaum praktikabel, festzustellen, ob die Parteien bei Vertragsabschluß gleich stark waren.

b) Stellungnahme

Daß eine völlige Unzulässigkeit von Befristungen in der Tat nicht dem geltenden Recht entspricht, zeigt sich schon daran, daß der Gesetzgeber mehrere ausdrückliche Regelungen für befristete Arbeitsverträge trifft[132], diese also offenbar als zulässig ansieht. In diesem Zusammenhang wird vor allem § 620 BGB genannt[133]. Gegen dieses Argument läßt sich immerhin mit DAMMANN - wenn auch nicht überzeugend[134] und im Gegensatz zur ganz h. M.[135] - einwenden, daß diese Vorschrift

---

129) WIEDEMANN/PALENBERG RdA 1977, 85 (87), I 1 b; KOCH BB 1978, 1218 (1220), 3.; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 10; speziell gegen LINDER die Stellungnahme von HARTUNG, DB 1979, 1275, 3.: "Nun ist Vertragsparität im Sinne eines billigen Ausgleichs zwischen gleichstarken Partnern ein paradiesischer Zustand; das geltende Recht muß wohl auch in anderen Fällen noch angewandt werden." Ähnlich wendet LEIPOLD, ZfA 1976, 339, gegen die Auffassung von LINDER ein, es sei "ein allzu kühner Schritt, Grundsätze des geltenden Rechts in dieser Weise ohne Eingreifen des Gesetzgebers beiseite zu schieben."

130) Z. B. BÖHM S. 16 - 18; KOCH BB 1978, 1218 (1220), m. w. N. auch zur BAG-Rechtsprechung in Fn. 58; a. A. LINDER, DB 1975, 2082 (2086), unter V.

131) ZfA 1976, 339

132) Siehe hierzu auch unten 2. Teil, B I, und KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 21 - 27.

133) Z. B. WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (87); KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 10.

134) Vgl. unten 4 b) bb) γ).

135) Siehe KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 5, m. w. N.

(heute) lediglich für freie Dienstverträge, nicht aber für Arbeitsverhältnisse gelten könnte[136]. Dieser Einwand ist aber nicht möglich gegenüber den speziell für Arbeitsverhältnisse getroffenen Regelungen in § 1 III Eignungsübungsgesetz[137] und § 1 IV Arbeitsplatzschutzgesetz[138][139]. Allerdings ist auch durch diese Vorschriften die Ansicht von LINDER und DAMMANN noch nicht schlüssig widerlegt, da deren Theorien immerhin Befristungen auf Wunsch des Arbeitnehmers zulassen, so daß die genannten gesetzlichen Vorschriften auch nach dieser Auffassung ihren Regelungsgegenstand nicht völlig verlieren würden.

Jedoch ist zu berücksichtigen, daß dem nachkonstitutionellen Gesetzgeber - nicht zuletzt durch die einschlägigen BAG-Urteile - das Befristungsproblem seit jeher bestens bekannt war. Wenn er trotz umfangreicher Reformen sowohl der §§ 611ff. BGB[140] als auch des Kündigungsschutzgesetzes[141] keine Neuregelung für befristete Arbeitsverträge getroffen hat, so läßt dies[142] nur den Schluß zu, daß er jedenfalls eine solch weitgehende Zulässigkeitseinschränkung nicht wollte[143].

---

136) So LINDER, DB 1975, 2082 (2085, 2087), unter IV 3 und VI. WALZ, ZRP 1978, 77 (78), räumt diese Interpretationsmöglichkeit immerhin ein. Demgegenüber meint KOCH, BB 1978, 1218 (1220), daß § 620 BGB eine Beschränkung auf freie Dienstverhältnisse aufweisen müßte, wenn die Vorschrift für Arbeitsverhältnisse nicht gelten sollte. M. E. kommt es hierauf letztlich nicht an, da andere gesetzliche Regelungen eindeutig auf befristete Arbeitsverhältnisse und nicht freie Dienstverträge abzielen.

137) Gesetz über den Einfluß von Eignungsübungen der Streitkräfte auf Vertragsverhältnisse der Arbeitnehmer und Handelsvertreter sowie auf Beamtenverhältnisse vom 20.1.1956 (zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.12.1977), BGBl. III 53-5, Nr. 155 der Textsammlung NIPPERDEY (befristete Arbeitsverhältnisse werden durch die Einberufung zu einer Eignungsübung nicht verlängert).

138) keine Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse durch die Einberufung zum Grundwehrdienst oder zu einer Wehrübung.

139) Zu weiteren gesetzlichen Regelungen siehe BÖHM S. 15f.

140) Durch das 1. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969, BGBl. I, S. 1108

141) Ebenfalls insbesondere durch das 1. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz.

142) Vgl. auch die Materialien zum KSchG, oben Fn. 114, und die Ausführungen unten unter 4 b bb.

143) In diesem Sinne auch WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (87), I 1 b.

Demgegenüber ist der von LINDER herausgestellte Gesichtspunkt, daß die Zulässigkeit von Befristungen faktisch nur den Arbeitgeberinteressen diene, m. E. kein Argument für die Unzulässigkeit. Die Rechtsordnung hat die Aufgabe, die schutzwürdigen Interessen aller Gruppen, auch der Arbeitgeber, zu berücksichtigen. Es würde auch niemand eine Unzulässigkeit der Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes daraus herleiten wollen, daß diese nur den Interessen der Arbeitnehmer dienen. Auch wem für das Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis kein Harmoniemodell vorschwebt, wird doch zugestehen, daß eine funktionsfähige Wirtschaftsordnung, die nicht zuletzt auch von den arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen abhängt, mittelbar auch im Interesse der Arbeitnehmer liegt, da auf die Dauer nur dasjenige - auf Arbeitnehmerseite als Arbeitsentgelt, soziale Absicherung und verbesserte Arbeitsbedingungen - verteilt werden kann, was erwirtschaftet worden ist. Sinnvollerweise kann man deshalb die Entscheidung über die Zulässigkeit nicht davon abhängig machen, ob unmittelbar den Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerinteressen gedient wird, sondern maßgeblich sein kann allein eine Gesamtabwägung, welcher "Mittelweg" zwischen den unmittelbar beteiligten Interessen am besten den Interessen der Rechtsgemeinschaft gerecht wird[144].

Befristungen sind auch durchaus nicht immer durch ordentliche Kündigung ersetzbar". Siehe hierzu unten 4 b bb) und 3. Teil C I 1 b.

---

144) Daß dies materiell eine politische Entscheidung ist, versteht sich von selbst. Deshalb wäre wünschenswert, daß sich der demokratisch legitimierte Gesetzgeber wieder in größerem Umfang bei arbeitsrechtlichen Zweifelsfragen einschaltet, statt grundsätzliche Weichenstellungen - wohl mehr aus politischer Bequemlichkeit als aus Achtung vor dem Sachverstand und der Neutralität der Rechtsprechung - allein den Gerichten und der Fachdiskussion zu überlassen. Aus der materiell politischen Natur einer Abwägung von Interessen verschiedener politischer Gruppen sollte man aber nicht den Fehlschluß ziehen, daß ein rationales und möglichst unvoreingenommenes Sammeln, Sichten und Abwägen von Argumenten nicht möglich sei.

2. Keine Einschränkungen der Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge

Die genaue Gegenposition zur Unzulässigkeit von Befristungen, nämlich die These uneingeschränkter Zulässigkeit, findet sich in Rechtsprechung und Literatur nur ein einziges Mal, nämlich in einer Urteilsanmerkung von E. WOLF und VAN GELDER[145]. Auch diese Autoren sehen jedoch gewisse Korrekturen bei Befristungsvereinbarungen als möglich an, allerdings nur nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts. Wenn die Befristung entweder ein Scheingeschäft (§ 117 BGB) ist oder die Grundsätze der falsa demonstratio eingreifen, soll trotz der Befristungsklausel ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit vorliegen.

Diese Ansicht ist vom BAG geradezu postwendend abgelehnt worden[146] und hat auch in der Literatur nur Widerspruch gefunden[147]. Das BAG kritisiert zu Recht, daß diese Ansicht den Unterschied zwischen Arbeitsverträgen und anderen Verträgen außer acht lasse. Der Arbeitnehmer könne typischerweise seinen Interessen im Einzelarbeitsvertrag nur begrenzt Geltung verschaffen, weshalb es des Arbeitnehmerschutzes bedürfe. M. WOLF[148] weist zutreffend darauf hin, daß ein Scheingeschäft aufgrund der Interessen des Arbeitgebers ausscheidet, denn es setzt ein Einverständnis der Parteien darüber voraus, daß die Befristung nur zum Schein vereinbart ist. Eine falsa demonstratio wird selten vorliegen.

---

145) SAE 1970, 122 (125), Anm. zu BAG Urt. vom 27.3.69.

146) BAG Urt. vom 4.2.71, 2 AZR 144/70, unter 1 a, AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

147) Die ablehnenden Stellungnahmen in der Literatur verzichten z. T. auf eine sachliche Auseinandersetzung und sind z. T. in polemischem Ton gehalten. Z. B. bezeichnet WIEDEMANN in seiner Anm. I AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag unter I 1 die Auseinandersetzung des BAG mit der Ansicht von E. WOLF/VAN GELDER als überflüssig und unterstellt den Autoren publicity-Motive.

148) Anm. II AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

In der Tat könnte diese Auffassung dazu führen, daß der für Arbeitsverhältnisse auf unbestimmte Zeit geltende Arbeitnehmerschutz infolge breit angewandter Befristungen weitgehend leer läuft. Sie ist deshalb abzulehnen.

3. Dogmatische Begründungsversuche der Literatur für das nach der Rechtsprechung bestehende Sachgrunderfordernis

a) Restriktive Auslegung des § 620 BGB (WIEDEMANN/PALENBERG 1977)

WIEDEMANN/PALENBERG[149] weisen darauf hin, daß das Rechtsinstitut der objektiven Umgehung umstritten ist, und bezweifeln, ob es wirklich der Zweck des Kündigungsschutzgesetzes ist, Fristverträge einzuschränken. Sie begründen das Sachgrunderfordernis deshalb mit einer vom allgemeinen arbeitsrechtlichen Schutzprinzip geforderten Restriktion des § 620 BGB. Dieser Auffassung haben G. HUECK[150] und V. HOYNINGEN-HUENE[151] sich angeschlossen.

Inhaltlich handelt es sich hierbei um die gleichen Oberlegungen wie bei der Theorie der objektiven Umgehung[152], die ebenfalls letztlich durch Auslegung und Analogie die Anwendungsbreite des § 620 BGB ermittelt[153]. Aus grundsätzlichen rechtstheoretischen Erwägungen ist dem Etikett der "restriktiven Auslegung" der Vorzug zu geben. Dies wird unten (unter III) näher begründet.

---

149) RdA 1977, 85 (86f.)

150) G. HUECK in HUECK, KSchG, § 1 Rdnr. 50

151) Anm. SAE 1980, 349 (350)

152) Ähnlich KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 83: weder in der Begründung noch in den Folgerungen bestehe eine wesentliche Abweichung von der Ansicht des BAG.

153) Hierzu bereits oben I 3 b, bei Fn. 113

b) Fürsorgepflichtverletzung (A. HUECK, NIKISCH)

Der Gedanke, daß die Befristung von Arbeitsverträgen einen Verstoß gegen die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers darstellen kann, erscheint erstmals und als bloße Hilfserwägung in Urteilen des RAG von 1936 und 1938[154]. Nach 1945 hat insbesondere A. HUECK[155] sich für die Lösung des Befristungsproblems über den Ansatz der schuldhaften Fürsorgepflichtverletzung eingesetzt. Nach seiner Ansicht bedeutet "die Ausschaltung der Kündigungsfristen und des Kündigungsschutzes durch Kettenverträge[156] ... eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, wenn dafür keine ausreichenden Gründe in den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien vorhanden sind." Eine solche schuldhafte Fürsorgepflichtverletzung stellt eine positive Forderungsverletzung dar und macht den Arbeitgeber schadensersatzpflichtig. Da der Schadensersatzanspruch nach § 249 BGB auf Naturalrestitution gerichtet ist, muß der Arbeitgeber sich so behandeln lassen, als wenn er den Arbeitnehmer auf unbestimmte Zeit eingestellt hätte.

Der Lösungsweg der Fürsorgepflichtverletzung wurde auch von NIKISCH[157] und von mehreren Landesarbeitsgerichten[158] vertreten, hat aber heute keine Anhänger mehr[159].

---

154) RAG Urt. vom 2.12.36, ARS 28, 343; vom 5.1.38, ARS 32, 174. Das Urteil von 1938 ist die letzte veröffentlichte Entscheidung des RAG zu Befristungen.

155) A. HUECK RdA 1953, 85 (87); ArbR I, S. 535; Anm. AP Nr. 7 und 14 zu § 1 KSchG; Anm. AP Nr. 23 und 27 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

156) In ArbR I, S. 538f., § 55 III 7, anerkennt HUECK, daß nicht nur Kettenverträge, sondern auch einmalige Befristungen unzulässig sein können. Zum Problem der einmaligen Befristung siehe unten B VI.

157) BB 1955, 197; DB 1956, 1108ff.; ArbR I, S. 673.

158) Zuletzt immerhin noch 1960 vom LAG Mainz, siehe die Nachweise oben unter I 2 b, Fn. 73.

159) So auch WIEDEMANN/PALENBERG RdA 1977, 85 (86), unter I 1 a, bei Fn. 6. KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 84 bezeichnet diese Theorie als "durch die neuere Entwicklung in der Rechtsprechung und im Schrifttum überholt." Vgl. auch die Stellungnahme zur Theorie der Fürsorgepflichtverletzung bei WOHNSEIFER S. 18, BÖHM S. 24, SCHRÖTER S. 24, GROTHEER S. 21 und 43, AUFDERHAAR S. 128, OTTE S. 50, und die folgenden Nachweise.

A. HUECK hatte mit seinen oben wiedergegebenen Ausführungen zugleich den "ausreichenden sachlichen Grund" erfunden, der dann bereits in das erste BAG-Urteil zu befristeten Arbeitsverträgen Eingang fand[160]. Hingegen hat das BAG den Lösungsweg der Fürsorgepflichtverletzung nicht übernommen. Während die frühen BAG-Urteile auf diesen dogmatischen Ansatz überhaupt nicht eingehen[161], erwähnt der Beschluß des Großen Senats[162] neben anderen Theorien zwar auch die Meinung von A. HUECK und NIKISCH, setzt aber allen diesen Lösungsansätzen nur die eigene Auffassung von der objektiven Umgehung entgegen, ohne sich mit den anderen Ansichten auseinanderzusetzen.

Gegen die Theorie der Fürsorgepflichtverletzung spricht zunächst, daß zumindest zweifelhaft ist, ob die Fürsorgepflicht auch auf den Vertragsschluß ausgedehnt werden kann[163], da eine positive Vertragsverletzung einen bereits bestehenden Vertrag voraussetzt[164]. Immerhin könnte man möglicherweise über einen auf das Erfüllungsinteresse gerichteten Anspruch aus culpa in contrahendo zum gleichen Ergebnis kommen[165].

---

160) BAG Urt. vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, unter 3., AP Nr. 7 zu § 1 KSchG, Bl. 3R.

161) Lediglich in dem BAG-Urteil vom 26.11.55, 2 AZR 516/54, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1952, führt das Gericht im letzten Satz der Urteilsgründe aus, daß die (schon zuvor abschliessend festgestellte) Unzulässigkeit der Befristung nicht zur Nichtigkeit des ganzen Arbeitsvertrages führt, weil sonst "die dem Arbeitgeber vorzuwerfende Verletzung seiner Fürsorgepflicht" u. U. die Rechtslage des Arbeitnehmers verschlechtern würde. Die Konstruktion eines aus der Fürsorgepflichtverletzung entstehenden Schadensersatzanspruchs wird jedoch auch in diesem Urteil weder übernommen noch überhaupt erwähnt.

162) BAG (GS) Beschl. vom 12.10.60, GS 1/59 (3 AZR 65/56), unter B und C, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3ff.

163) Was NIKISCH, ArbR I, S. 671, Fn. 36, bejaht

164) Zu diesem Argument siehe ausführlich WOHNSEIFER S. 19f.; BÖHM S. 29ff.; SÄCKER RdA 1976, 91 (97), unter 5; kurz in BAG (GS) a. a. O. (Fn. 157), unter C 1 ("zweifelhaft, ob in dem Abschluß des Vertrages eine" Fürsorgepflichtverletzung liegt), und bei PALME, BlStSozArbR 1970, 268 (269), III 2.

165) Dazu siehe ausführlich OTTE, S. 52ff., m. w. N.

Entscheidend gegen die Lösung über eine Fürsorgepflichtverletzung spricht jedoch das m. E. sehr viel schwerwiegendere Argument[166], daß auf jeden Fall ein Verschulden des Arbeitgebers erforderlich wäre. Ein solches Verschulden ist angesichts der oft schwierigen und unübersichtlichen Rechtslage sicher nicht in jedem Fall gegeben[167], und ein Verschuldenserfordernis würde die Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen weiter verschlechtern. Demnach ist ein subjektives Kriterium zur Lösung der Befristungsproblematik abzulehnen[168].

c) Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit (M. WOLF 1970, SCHRÖTER 1972)

Auch M. WOLF und SCHRÖTER stimmen den Ergebnissen der BAG-Rechtsprechung zwar weitgehend zu[169], sehen aber den richtigen Ansatzpunkt nicht in der objektiven Umgehung oder einer

---

166) Auch der Große Senat des BAG, a. a. O. (Fn. 162), hat dieses Argument offenbar als entscheidend angesehen.

167) So auch SÄCKER a. a. O. (Fn. 164): "Bei nicht eindeutigen Fällen, die eine sehr komplexe Interessenabwägung gebieten, ist ... äußerst fraglich, ob" eine Rechtsfahrlässigkeit des Arbeitgebers vorliegt. Ähnlich GROTHEER S. 47ff. und MOLITOR Anm. AP Nr. 3 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Weit überzogen ist aber die Befürchtung von KEMPFF, DB 1976, 1576, Fn. 1, es dürfte "dem Arbeitnehmer im konkreten Fall kaum jemals gelingen, dem Arbeitgeber im Hinblick auf die Vereinbarung einer Befristung ein Verschulden nachzuweisen." Zu berücksichtigen ist nämlich, daß die im Verkehr erforderliche Sorgfalt auch die Inanspruchnahme rechtlicher Beratung erfordern kann.

168) Zu diesem Gegenargument siehe sehr ausführlich BÖHM S. 34ff., ferner MOLITOR, BB 1954, 504; FALKENBERG DB 1971, 430 (432), C I 1; WIEDEMANN/PALENBERG RdA 1977, 85 (86), I 1 a, m. w. N. in Fn. 6.

169) So ausdrücklich M. WOLF in Anm. AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter 1.

Fürsorgepflichtverletzung, sondern in der "Beeinträchtigung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit" (M. WOLF[170]) bzw. der "Abhängigkeit" (SCHRÖTER[171]) des Arbeitnehmers bei Vereinbarung der Befristung.

M. WOLF begründet seine Auffassung damit, daß die eigentliche Problematik bei Zeitverträgen darin liege, "den bei den Vertragsverhandlungen unterlegenen Arbeitnehmer bei der Wahrnehmung seiner Interessen vor der Obermacht des Arbeitgebers zu schützen"[172]. Die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit sei Wirksamkeitsvoraussetzung vertraglicher Vereinbarungen[173]. Dies gelte jedoch nicht, wenn der Arbeitgeber mit der Befristung berechtigte Interessen verfolgt, wobei die gleichen Erwägungen anzustellen seien wie bei der Frage eines sachlichen Grundes[174]. Eine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit sieht WOLF schon darin, daß der Arbeitnehmer auf einen Arbeitsplatz angewiesen ist.

Nach SCHRÖTER[175] gilt bei Abhängigkeit des Arbeitnehmers die Vertragsfreiheit nicht. Bei einem Verstoß des Arbeitsvertrags gegen Wertungen des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung seien

---

170) M. WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 202ff.; siehe außer der bereits oben in Fn. 169 zitierten Anm. auch die Anm. II AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; gewisse Abweichungen gegenüber den genannten Fundstellen enthält KR-WOLF, Grunds. Rdnr. 183ff.

171) S. 128

172) Anm. II AP Nr. 35 zu § 620 Befristeter Arbeitsvertrag, unter 1, Bl. 6.

173) Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit..., S. 111ff. und 202ff.; Anm. AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter 2.

174) a. a. O., (Fn. 170), S. 205

175) Siehe insbesondere die Zusammenfassung S. 128f. SCHRÖTER versteht seine Auffassung als einen gegenüber der Ansicht von M. WOLF selbständigen Lösungsansatz. Bei beiden steht jedoch die Anknüpfung an eine Obermacht des Arbeitgebers bei Vertragsabschluß im Vordergrund. Der Unterschied beider Auffassungen besteht darin, daß SCHRÖTER von der Vertragsfreiheit her argumentiert, während M. WOLF mit der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit als Wirksamkeitsvoraussetzung von Willenserklärungen einen konkreten dogmatischen Ansatzpunkt wählt.

die betreffenden Klauseln nichtig und würden durch den Wertungen entsprechende Klauseln - also unbefristete statt befristete Laufzeit - ersetzt. Dies gilt jedoch nicht - d. h. die betreffende Einschränkung der Vertragsfreiheit ist zulässig -, wenn sachliche Gründe für die Befristung bestehen. Abhängigkeit sei im Arbeitsrecht "insbesondere bei unverschuldeter Wertungsunfähigkeit oder mangelnder Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers wegen einer Monopolstellung des Arbeitgebers in Bezug auf die Vergabe von Arbeitsplätzen anzunehmen"[176].

Sowohl M. WOLF als auch SCHRÖTER scheinen davon auszugehen, daß de facto bei allen Befristungen die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt ist bzw. eine Abhängigkeit gegeben ist. Unter dieser Voraussetzung bestehen in den Rechtsfolgen keine Unterschiede zur Auffassung des BAG.

Diese Lösungsvorschläge von M. WOLF und SCHRÖTER sind bisher in der Literatur kaum erörtert worden. OTTE[177] wendet ein, daß die Anfechtung von Willenserklärungen des adäquate und vom Gesetzgeber bereitgestellte Instrument bei Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit bei Vertragsabschluß sei. KR-HILLEBRECHT[178] lehnt die Auffassung von M. WOLF mit der Begründung ab, daß sie gegen die grundsätzliche Zulässigkeit von Befristungen nach § 620 BGB verstoße. Es handle sich um eine rechtspolitische Forderung.

Vor allem ist dieser dogmatische Ansatz aber deshalb abzulehnen, weil er nicht auf Befristungen beschränkt bleiben könnte, sondern in einer mit der Rechtssicherheit unvereinbaren Weise jede für den Arbeitnehmer nachteilige Bestimmung des Arbeitsvertrages zu Fall gebracht werden könnte.

---

176) S. 128, Nr. 12

177) OTTE, S. 60, im Anschluß an die ähnlichen Bedenken von BIRK, Anm. AP Nr. 37 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter II 2. BIRK kritisiert auch, daß das Problem nur auf eine andere Ebene verschoben, nur anders formuliert werde.

178) § 620 BGB Rdnr. 7 und 10.

d) Analogie zu § 315 BGB (SÖLLNER 1966, BÖHM 1971)

SÖLLNER[179] und BÖHM[180] gehen ebenfalls davon aus, daß der Arbeitgeber "stärker" ist und deshalb die Arbeitsvertragsbedingungen bestimmen kann. Sie übertragen auf die Befristungsvereinbarung die Rechtsprechung des BGH zu allgemeinen Geschäftsbedingungen[181]. Das Arbeitsgericht könne analog § 315 BGB durch Gestaltungsurteil ein befristetes Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes umwandeln, wenn die Befristung nicht der Billigkeit entspreche. Dies sei der Fall, wenn die Befristung nicht sachlich gerechtfertigt ist.

Gegen diesen Lösungsvorschlag wird von OTTE[182] eingewendet, daß es danach bei der Kasuistik des BAG bleibt. Dies ist jedoch kein Nachteil, wenn man Kasuistik ohnehin als erforderlich ansieht und der BAG-Rechtsprechung im Ergebnis weitgehend zustimmt, wie dies die große Mehrheit des Schrifttums tut. Der neue Begründungsansatz ist deshalb schon dann gerechtfertigt, wenn bei gleichen Ergebnissen die dogmatische Konstruktion überzeugender ist.

Ebenfalls nicht stark ist das Gegenargument, daß § 315 BGB wegen der Formulierung "im Zweifel" eine dispositive Norm ist[183], denn trotz der Dispositivität wurde die Vorschrift auch zur AGB-Kontrolle herangezogen.

Problematisch ist jedoch der Ausgangspunkt dieser Theorie, daß es sich um eine einseitige Rechtsgestaltung handle.

V. HOYNINGEN-HUNE[184] ist der Auffassung, daß Vertragsbedingungen nicht einer einseitigen Leistungsbestimmung des Arbeitgebers gleichgestellt werden könnten. Ein vergleichbarer Fall

---

179) Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, 1966, S. 55ff. und 121ff.; Anm. SAE 1966, 255f.
180) S. 81ff., insbesondere S. 89ff.
181) BGH Urt. vom 29.10.62, BGHZ 38, 183ff. (186)
182) S. 66
183) SCHRÖTER S. 61; AUFDERHAAR S. 131.
184) Die Billigkeit im Arbeitsrecht, 1978, S. 174f.

liege nicht vor, weil die einseitige Leistungsbestimmung und die individuelle vertragliche Regelung ihrem Wesen nach grundverschieden seien. Wenn der Arbeitnehmer den Vertrag infolge einer Zwangslage abgeschlossen habe, müsse dieses Problem über § 138 BGB wegen Monopolmißbrauchs und § 242 BGB wegen unzulässiger Rechtsausübung gelöst werden.

Selbst wenn man dieser Ansicht nicht folgt[185], wird man bei einem Individualvertrag nicht ohne weiteres von einer Unterwerfung des Arbeitnehmers ausgehen können[186]. Da es sicherlich Fälle gibt, in denen die Befristung "frei ausgehandelt" wurde, könnte die von SÖLLNER und BÖHM vertretene Lösung - entgegen der offensichtlichen Auffassung dieser Autoren - keineswegs immer zum gleichen Ergebnis führen wie die Ansicht des BAG. Die Frage, ob eine Unterwerfung vorliegt oder nicht, würde die durch die Unbestimmtheit des "sachlichen Grundes" ohnehin schwierige Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen weiter erschweren, und es sind in diesem Punkt auch erhebliche Beweisschwierigkeiten zu befürchten[187].

Weitere nicht leicht zu nehmende Probleme sind mit der nach dieser Auffassung erforderlichen Gestaltungsklage verbunden. Wenn der Arbeitnehmer bei einem unzulässigen befristeten Arbeitsvertrag nach Ablauf der Frist zur Arbeit erscheint und der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung verweigert, und der Arbeitnehmer sodann - also nach Ablauf der Befristung - auf Gestaltung klagt, so besteht die Frage, ob der bei § 315 BGB erforderliche Gestaltungsakt, der das befristete in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis umwandelt, auch noch möglich ist, wenn der Arbeitsvertrag bereits ausgelaufen ist, so daß eine bloße Umwandlung gar nicht möglich ist, sondern eine

---

185) KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 91, a. E., bezeichnet diese Argumentation als zu formal.

186) Eine Unterwerfung wird verneint von BLOMEYER, RdA 1967, 407, und von AUFDERHAAR, S. 130.

187) Auf die Beweisprobleme weist AUFDERHAAR hin (S. 131)

Neubegründung eines (unbefristeten) Arbeitsvertrages erforderlich ist. Falls man eine solche Neubegründung akzeptieren will, besteht das weitere Problem, ob der Gestaltungsakt ab Rechtskraft des Urteils, ab Verkündung des Urteils, ab Erhebung der Klage oder ab Auslaufen des Fristvertrages wirkt. Es bestehen erhebliche Bedenken dagegen, bei einem Gestaltungsakt über den Zeitpunkt der Erhebung der Klage zurückzugehen. Die Rechtsprechung des BAG, derzufolge ein unzulässiges befristetes Arbeitsverhältnis ohne Gestaltungsurteil von vornherein weitgehend wie ein unbefristetes zu behandeln ist, schützt deshalb den Arbeitnehmer in Fällen der hier aufgezeigten Art besser.

Nach alledem ist m. E. die Theorie der objektiven Umgehung gegenüber einer Analogie zu § 315 BGB vorzuziehen.

e) Verbindung von objektiver Umgehung und § 315 BGB (HILLEBRECHT 1981)

aa) Auffassung von HILLEBRECHT

KR-HILLEBRECHT nimmt eine "Verbindung" der Theorie der objektiven Umgehung, der Restriktion des § 620 BGB und der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB vor. Demnach eröffnet die Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen durch eine Befristung den Weg einer Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB. Durch diese Billigkeitskontrolle ist "eine Restriktion des § 620 BGB vorzunehmen, soweit durch Befristungen das arbeitsrechtliche Schutzprinzip verletzt wird"[188].

Den Vorteil dieser Synthese sieht HILLEBRECHT darin, daß bei fehlender Rechtfertigung der Laufzeit einer Befristung eine Umwandlung in einen Fristvertrag mit angemessener Laufzeit

---

188) § 620 BGB Rdnr. 91

möglich ist, so daß nicht nur die Alternative zwischen der Wirksamkeit einer vereinbarten Befristung und einem Arbeitsverhältnis von unbestimmter Dauer besteht[189].

bb) Stellungnahme

Abgesehen davon, daß die Voraussetzung einer Umgehung für die Billigkeitskontrolle sich nicht schlüssig begründen läßt, spricht gegen diese Konstruktion auch, daß bei einer solchen "mehrstufigen" dogmatischen Begründung sich die Bedenken gegen die einzelnen Stufen addieren. Es ist deshalb nicht sinnvoll, ohne wichtige Gründe zu einer solchen Lösung zu greifen. Zutreffend ist, daß die Rechtsfolge eines Arbeitsverhältnisses von unbestimmter Dauer bei lediglich zu kurzer Laufzeit eines Fristvertrages oftmals unbefriedigend wäre. Diese unerwünschte Rechtsfolge läßt sich aber auch bei Anwendung der vom BAG vertretenen Theorie vermeiden. Das BAG nimmt ohnehin entgegen § 139 BGB keine Nichtigkeit des ganzen Umgehungsgeschäfts, also des Arbeitsvertrages, an, sondern läßt lediglich nicht zu, daß der Arbeitgeber sich auf die Befristung beruft. Die gewisse Willkürlichkeit, die dieser Konstruktion anhaftet, wird auch dann nicht wesentlich größer, wenn man in bestimmten Fällen dem Arbeitgeber die Berufung auf die Befristung lediglich für eine angemessene Zeitspanne verwehrt[190]. M. E. besteht deshalb kein hinreichender Anlaß für eine Komplizierung des dogmatischen Ansatzes in der von HILLEBRECHT vorgeschlagenen Weise.

---

189) KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 90

190) Die Frist, für die dem Arbeitgeber die Berufung auf die Befristung verwehrt wird, sollte allerdings länger sein als die kürzeste zulässige Vertragslaufzeit. Andernfalls würde der Arbeitgeber nämlich durch zu kurze Befristungen kein Risiko eingehen: entweder der Arbeitnehmer "schluckt" die zu kurze Laufzeit, oder im Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommt es zu der Laufzeit, die der Arbeitgeber ohnehin hätte vereinbaren müssen.

f) Gewohnheitsrecht (GAMILLSCHEG 1974)

GAMILLSCHEG hat en passant ausgeführt[191], die von der Rechtsprechung vorgenommene "Angemessenheitskontrolle" für Befristungen könne inzwischen als Gewohnheitsrecht angesehen werden. Dem ist nicht zuzustimmen. Die ständige gleichförmige Obung und die Oberzeugung rechtlicher Verbindlichkeit, die für die Bildung von Gewohnheitsrecht erforderlich sind, müssen sich auf ganz konkrete Rechtssätze beziehen, und nicht nur darauf, daß (irgend-) eine Einschränkung der Zulässigkeit besteht. Diese konkreten Rechtssätze waren und sind aber durchaus noch in der Diskussion und in Bewegung. Beispielsweise hat erst der Beschluß des Großen Senats des BAG von 1960[192] erstmals ausdrücklich ausgesprochen, daß auch einmalige Befristungen der richterlichen Kontrolle unterliegen, während noch das RAG nur Kettenverträge auf ihre Zulässigkeit überprüfte. Daß die sachliche Rechtfertigung einer Befristung auch hinsichtlich der Dauer gegeben sein muß, klang in einem BAG-Urteil von 1961[193] erstmals an und wurde 1963 erstmals in einem BAG-Urteil ausdrücklich ausgeführt[194]. Eine Vielzahl von Einzelfragen ist auch heute noch durchaus zweifelhaft.

g) Richterrecht (AUFDERHAAR 1976)

AUFDERHAAR[195] anerkennt die Zulässigkeitsvoraussetzung eines sachlichen Grundes, meint aber, dieses Erfordernis ließe sich nicht aus dem Gesetzesrecht ableiten, sondern beruhe auf Richterrecht.

---

191) Festschrift Werner WEBER, 1974, S. 806

192) Beschl. vom 12.10.60, GS 1/59, (3 AZR 65/56), unter B, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3.

193) Urt. vom 22.9.61, 1 AZR 36/60, unter 2d, AP Nr. 20 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

194) Urt. vom 28.11.63, 2 AZR 140/63, AP Nr. 26 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 1R und 2.

195) S. 135ff.

Daran ist richtig, daß die Grundsätze über die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge der Rechtsquelle "Richterrecht" zuzuordnen sind. Diese Zuordnung enthebt aber die Rechtswissenschaft nicht der Notwendigkeit, für das richterrechtliche Kriterium des sachlichen Grundes den zutreffenden und sinnvollen Platz im dogmatischen Gedankengebäude zu finden. Das Argument "Richterrecht" macht deshalb die dogmatische Diskussion keineswegs überflüssig.

h) Sachlicher Grund bei den Befürwortern einer Analogie zum Kündigungsschutz

Auch unter den Befürwortern einer Analogie zu den Kündigungsschutzvorschriften gibt es Stimmen, die auf den "sachlichen Grund" zurückgreifen. Diese bieten jedoch keine dogmatische Begründung für das Sachgrunderfordernis, sondern setzen es voraus. Diese Ansicht gehört deshalb nicht zu den hier erörterten dogmatischen Begründungsversuchen und wird deshalb sogleich unten (4 a) zusammen mit den anderen auf analoge oder unmittelbare Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften gestützten Auffassungen behandelt.

4. Analoge oder unmittelbare Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften

Nach einer in den letzten Jahren im Vordringen begriffenen Meinung ist der Konflikt zwischen § 620 BGB und den für unbefristete Arbeitsverhältnisse geltenden Arbeitnehmerschutzvorschriften in der Weise zu lösen, daß diese Vorschriften, insbesondere das Kündigungsschutzgesetz, analog, nach einer Literaturstimme sogar unmittelbar, auf Fristverträge anzuwenden sind.

a) Analogie nur bei fehlendem Sachgrund (BÜTTICHER 1955, KRAFT 1966, BLOMEYER 1967, SCHWERDTNER 1980)

Von den Anhängern einer Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften wollen BÜTTICHER, KRAFT, BLOMEYER und SCHWERDTNER das Sachgrunderfordernis beibehalten[196]. Das Kündigungsschutzgesetz[197] ist nach Ansicht von BÜTTICHER[198] nur auf "mißbilligte"[199], "ohne gerechtfertigten Grund"[200] abgeschlossene befristete Arbeitsverträge bei Nichtweiterbeschäftigung entsprechend anwendbar; der Arbeitnehmer muß "zur Rechtfertigung seiner Klage ... erst einmal dartun, daß der Kettenarbeitsvertrag ... sich aus den Umständen nicht rechtfertigen läßt"[201]. Dem entsprechen die Ansicht von KRAFT[202], daß bei unsachlicher Befristung das Arbeitsverhältnis nur endet, wenn der Arbeitgeber zu diesem Zeitpunkt nach den Kündigungsschutzbestimmungen zur Kündigung berechtigt wäre, und die Formulierung von BLOMEYER[203], daß "die Beendigung des

---

196) Ferner sprechen sich WOLTERECK/LEWERENZ in einem 1972/73 erschienenen Beitrag zur AR-Blattei D, "Saisonarbeit I", unter B IV 6, a. E. (8. Forts.-Blatt, Rückseite) unter Bezugnahme auf BÜTTICHER und BLOMEYER für die analoge Anwendung des KSchG auf Saisonarbeitsverhältnisse aus. Aus dieser "en passant" vorgenommenen, in keiner Weise vertieften Stellungnahme ist aber nicht ersichtlich, ob die Analogie nur beim Fehlen eines Sachgrundes eingreifen soll.

197) Eine Analogie zu anderen Vorschriften als dem KSchG wird von BÜTTICHER nicht angesprochen.

198) Ausführliche Darlegung dieser Auffassung in BB 1955, 673ff. In seiner Anm. zum Beschluß des Großen Senats (oben Fn. 192), SAE 1961, 128ff., hält BÜTTICHER an dieser Auffassung fest, der dogmatische Standpunkt kommt aber in diesem Beitrag nicht so klar zum Ausdruck. Siehe zur Ansicht von BÜTTICHER auch die Ausführungen von WOHNSEIFER S. 13, BÖHM S. 56, SCHRÖTER S. 53, GROTHEER S. 23, 28, und AUFDERHAAR S. 116, 135.

199) BB 1955, 675, unter III 2

200) BB 1955, 674, unter I

201) BB 1955, 675, unter IV

202) Anm. SAE 1966, 103, (104f.), unter 1

203) RdA 1967, 406 (410), unter C I 1 a cc. Siehe zu der Ansicht von BLOMEYER auch die Ausführungen von SCHRÖTER, S. 46, und AUFDERHAAR, S. 115, 132.

befristeten Arbeitsvertrages nur dann der Kündigung des unbefristeten gleichsteht, wenn ein sachlicher Grund nicht vorlag"[204]. Die Ausführungen von SCHWERDTNER sind insofern widersprüchlich, als er trotz seines Abstellens auf das Kündigungsschutzgesetz[205] beim Fehlen der Voraussetzungen des § 1 KSchG, z. B. bei nicht erfüllter Wartezeit, Befristungen nicht schrankenlos zulassen will[206].

Während BLOMEYER[207] und SCHWERDTNER[208] - wie die h. M. einschließlich des BAG hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses[209] abstellen, wollen BÖTTICHER[210] und KRAFT[211] prüfen, ob beim Fristablauf sachliche Gründe vorlagen. Ein weiterer praktischer Unterschied des hier erörterten Lösungsvorschlags gegenüber der Rechtsprechung des BAG liegt darin, daß die Klagefrist des § 4 KSchG analog anwendbar ist[212].

M. E. ist dieser Lösungsansatz dogmatisch weniger befriedigend als die Theorie der objektiven Umgehung. Die Analogie dient hier nur als dogmatische Begründung für Rechtsfolgen, die beim Fehlen eines Sachgrundes eintreten sollen. Sie erklärt jedoch nicht die Differenzierung zwischen gerechtfertigter

---

204) KOCH, BB 1978, 1218 (1220), zitiert in Fn. 67 zu Unrecht diesen Aufsatz von BLOMEYER für die unmittelbare Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften auf Fristverträge. BLOMEYER spricht in RdA 1967, 406 (415), unter D, ausdrücklich von entsprechender Anwendbarkeit von Kündigungsschutznormen.

205) MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 Rdnr. 25 bietet als dogmatische Begründung für ein Sachgrunderfordernis an, bei fehlendem Sachgrund die Berufung auf den Fristablauf als nach den Kündigungsschutzbestimmungen "sozialwidrig zu erachten und deshalb auf Verlangen des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis als fortbestehend zu betrachten."

206) MünchKomm-SCHWERDTNER Fn. 37 zu § 620 BGB Rdnr. 16

207) RdA 1967, 406 (410)

208) MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 18 - 21

209) Zur Frage des maßgeblichen Zeitpunkt siehe unten D I

210) SAE 1961, 129

211) siehe oben das Zitat nach Fn. 202.

212) Das BAG lehnt eine analoge Anwendung von § 4 KSchG ab, siehe oben Fn. 55.

und ungerechtfertigter Befristung. Die dogmatische Problematik des "sachlichen Grundes" wird also nicht gelöst, sondern völlig unerörtert gelassen, und es wird lediglich eine weitere dogmatische Konstruktion, die Analogie, hinzugefügt. Schon deshalb ist diese Ansicht abzulehnen[213].

BÜTTICHER und KRAFT ist außerdem entgegenzuhalten, daß ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Fristablaufs trotz unübersehbarer Vorteile für den Arbeitnehmer[214] aus den unten (D I 3) dargelegten Gründen abzulehnen ist.

Darüber hinaus bestünden bei der Anwendung dieser Auffassung auch erhebliche praktische Probleme, die von KR-HILLEBRECHT[215] ausführlich dargelegt werden. Insbesondere wirft die Beteiligung des Betriebs- oder Personalrats, die nur bei unzulässigen Befristungen erforderlich sein soll, die Frage auf, wer diese Vorfrage für die Rechte der Arbeitnehmervertretung entscheiden soll.

b) Analoge oder unmittelbare Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften bei allen Fristverträgen unter Verzicht auf das Sachgrunderfordernis

Die übrigen Vertreter einer Analogie wollen auf das Sachgrunderfordernis verzichten. Die entsprechende oder sogar unmittelbare Anwendung von für unbefristete Arbeitsverhältnisse geltenden Vorschriften soll beim Auslaufen aller Fristverträge (bzw. bei Nichtweiterbeschäftigung nach dem Auslaufen[216]))

---

213) Ablehnend zur Analogie bei fehlendem Sachgrund auch WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 85 (87), und KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 86ff.

214) hierzu unten b bb γ, a. E.

215) § 620 BGB Rdnr. 88

216) Außer dem bereits oben unter 1. zitierten BÜTTICHER, BB 1955, 675 und SAE 1961, 129, stellen GROTHEER, S. 34, und OTTE, S. 89, auf die Nichtweiterbeschäftigung ab.

erfolgen. Für die Beurteilung dieser Theorie ist von entscheidender Bedeutung, welche konkreten Vorschriften als anwendbar angesehen werden.

aa) Eine analoge Anwendung aller Kündigungsschutzvorschriften wird nicht vertreten

Eine vollständige, wenn auch denkbar unglückliche "Lösung" des Problems wäre dadurch zu erreichen, daß die entsprechende Anwendung sich nicht nur auf das Kündigungsschutzgesetz, sondern auch auf den besonderen Kündigungsschutz, den kollektiven Kündigungsschutz und die Kündigungsfristen erstreckt. Eine solche "Radialkur" wird aber von niemandem vertreten[217] und würde auch zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Dabei ist beispielsweise an das Mutterschutzgesetz zu denken, dessen Anwendung auf befristete Arbeitsverträge einer Mutter den Arbeitsplatz noch zu einem Zeitpunkt "sichern" könnte, zu dem die der Einstellung zugrundeliegende Tätigkeit schon abgeschlossen ist[218]. Eine umfassende Analogielösung kommt also nicht in Betracht, weil hierdurch das Rechtsinstitut des befristeten Arbeitsvertrages seine Funktion einbüßen würde und nur noch dem Buchstaben nach, als leere Hülse, bestehen bleiben würde.

---

217) Daß BLOMEYER, RdA 1967, 406 (412ff.) auch das BetrVG, das PersVG, das MuSchG, das (damals noch) SchwBeschG und gesetzliche Kündigungsfristen (diese nur bei Kettenverträgen) analog anwenden will, erklärt sich daraus, daß nach seiner Ansicht die Analogie nur bei sachlich nicht gerechtfertigter Befristungen eingreift. Die Ergebnisse dieser Auffassung entsprechen somit weitgehend denjenigen des BAG. Diese Ansicht ist deshalb scharf von einer analogen Anwendung von Kündigungsschutznormen auf alle Fristverträge zu unterscheiden. (Siehe zur Ansicht von BLOMEYER oben unter 1.)

218) Ähnlich GROTHEER, S. 81f., der eine analoge Anwendung des besonderen Kündigungsschutzes ablehnt, weil andernfalls kein "Arbeitgeber ohne Sorgen eine weibliche Arbeitskraft für einen zeitlich beschränkten Arbeitsbedarf einstellen" könnte, und dieses Ergebnis nicht richtig sein könne.

bb) Anwendung nur eines Teils des für unbefristete Arbeitsverträge geltenden Kündigungsschutzes auf die Nichtweiterbeschäftigung nach Auslaufen eines befristeten Arbeitsvertrages (GROTHEER 1973, KEMPFF 1976, LAG Düsseldorf 1977, OTTE 1980)

α) Befürworter dieser Lösung

Eine vom Vorliegen eines Sachgrundes unabhängige analoge Anwendung zumindest des Kündigungsschutzgesetzes auf die Nichtweiterbeschäftigung nach Auslaufen eines befristeten Arbeitsvertrages wird vertreten von GROTHEER[219], dem LAG Düsseldorf[220] und OTTE[221]. KEMPFF[222] will das Kündigungsschutzgesetz sogar unmittelbar, nicht analog[223], auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Zeitablauf anwenden.

---

219) GROTHEER S. 43

220) LAG Düsseldorf, Urt. vom 3.5.77, 18 Sa 169/77, DB 1977, 2380ff.; aufgehoben durch BAG Urt. vom 29.8.79, 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

221) OTTE S. 89, 96

222) DB 1976, 1576, unter III

223) Ungeachtet dessen, daß meine Stellungnahme zur Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften auf die Nichtweiterbeschäftigung nach Fristablauf unten bei γ folgt, soll schon an dieser Stelle auf einige Ungereimtheiten hingewiesen werden, die speziell die Argumentation von KEMPFF aufweist. An den Darlegungen von KEMPFF ist widersprüchlich, daß er den befristeten Arbeitsvertrag faktisch de lege lata beseitigen will, indem er ihn wie einen unbefristeten behandelt, obwohl er selbst ausführt, daß Befristungen "grundsätzlich zulässig" sind (unter III, 2. Absatz), daß "Kündigung einerseits und Nichtweiterbeschäftigung nach Auslauf eines befristeten Arbeitsvertrages andererseits wohl keine vergleichbaren Beendigungstatbestände darstellen", und daß "eine planwidrige Unvollständigkeit des KSchG angesichts des § 620 Abs. 1 BGB kaum angenommen werden kann". (KEMPFF a. a. O. Fn. 2). KEMPFF gebraucht diese Argumente zwar nur gegen den dogmatischen Ansatz einer Analogie zum KSchG, während er das KSchG nicht analog, sondern unter dem Gesichtspunkt einer Umgehung unmittelbar anwenden will. Diese Oberlegungen sprechen aber gleichermaßen dagegen, eine Umgehung anzunehmen. Der dogmatische Ansatz von KEMPFF ist schon deshalb nicht halbar, weil er das KSchG auf jede Befristung von mehr als sechs Monaten Dauer anwenden

Das OLG Düsseldorf und KEMPFF erwähnen nur die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes. GROTHEER will ferner die kollektiven Kündigungsschutzvorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes und des Personalvertretungsgesetzes analog anwenden[224]. Demgegenüber ist OTTE der Auffassung, daß eine Beteiligung des Betriebsrats bzw. Personalrats nicht erforder-

---

will, man jedoch angesichts dessen, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit von Befristungen bewußt bestehen gelassen hat, unmöglich jede Befristung als Umgehung des KSchG ansehen kann. Weniger bedeutsam ist eine kleine Unebenheit bei diesem Lösungsansatz, die darin besteht, daß die sechsmonatige Wartezeit des § 1 KSchG für den Zeitpunkt der Kündigung, also nicht für den Zeitpunkt der intendierten Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt, vgl. G. HUECK in HUECK, KSchG, § 1 Rdnr. 25 m. w. N. Da bei erstmaliger Befristung die "Kündigung" noch vor Ablauf der sechs Monate, nämlich schon bei Vertragsschluß, erklärt wird, könnte man bei der ersten Befristung auch bei mehr als sechs Monaten Laufzeit nur analog § 162 BGB zu einer Anwendbarkeit des KSchG kommen, wobei allerdings die von HUECK a. a. O. genannten Voraussetzungen für eine solche Analogie nicht gegeben wären.

224) GROTHEER S. 68ff. Im einzelnen: Analog § 102 BetrVG und § 78 BPersVG heutiger Fassung (bei Erscheinen der Monografie von GROTHEER noch § 70 I b Nr. 5) muß der Arbeitgeber vor Unterlassung der Weiterbeschäftigung den Betriebsrat anhören, bzw. muß der Personalrat mitwirken. Unterläßt der Arbeitgeber die Anhörung, ist er zur Weiterbeschäftigung verpflichtet. Der Betriebsrat kann bei der Anhörung gemäß Abs. 3 der Nichtweiterbeschäftigung widersprechen. Wenn daraufhin der Arbeitnehmer nach § 4 KSchG auf Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses klagt, muß der Arbeitgeber ihn nach Abs. 5 bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits weiterbeschäftigen.

lich ist[225]. Einig sind GROTHEER[226] und OTTE[227] darüber, daß die Analogie sich nicht auf den besonderen Kündigungsschutz erstrecken soll, also z. B. nicht auf das Mutterschutzgesetz, das Schwerbehindertengesetz und die speziellen Kündigungsschutzvorschriften für Betriebsrats- und Personalratsmitglieder.

ß) Kritik in Rechtsprechung und Literatur

Das BAG hat schon in einem Urteil von 1955[228] eine von der Vorinstanz vorgenommene analoge Anwendung des KSchG bei Beendigung von Fristverträgen abgelehnt, weil völlig unklar sei, wann die dreiwöchige Klagefrist (heute § 4 KSchG) zu

---

225) OTTE S. 99f. Die Begründung von OTTE für diese Ansicht ist nicht einleuchtend: Die Anhörung zu verlangen, sei derzeit praxisfremd, deshalb (wegen der Unkenntnis des Arbeitgebers darüber, daß eine Anhörung erforderlich ist) bleibe dem Arbeitnehmer eine sachliche Prüfung erspart, und darin liege eine ungerechtfertigte Besserstellung gegenüber einem unbefristeten Arbeitsverhältnis. Wenn diese Argumentation stichhaltig wäre, könnte man nie eine von der bisherigen Praxis abweichende Rechtsauffassung vertreten, weil die Anwendung einer neuen Ansicht immer in einer Obergangszeit zu Schwierigkeiten und ungerechtfertigten Vorteilen einer Partei führen wird.

226) GROTHEER S. 71 - 81

227) OTTE S. 101. OTTE will allerdings analog § 1 II KSchG wegen fehlender sozialer Rechtfertigung Kündigungsschutz gewähren, falls ein Angehöriger einer besonders geschützten Gruppe, z. B. eine Schwangere, gerade wegen dieser Zugehörigkeit nicht weiterbeschäftigt wird. OTTE muß deshalb für diesen Fall nicht wie das BAG auf das Rechtsinstitut der unzulässigen Rechtsausübung zurückgreifen (vgl. oben Fn. 48).

228) Urt. vom 12.5.55, 2 AZR 23/54, unter I, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 1R und 2.

laufen beginne, und weil in die soziale Auswahl auch die unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer einbezogen werden müßten. 1971 hat das BAG[229] eine Analogie zum Schwerbeschädigtengesetz (heute Schwerbehindertengesetz) verneint. Von 1975 datiert ein nicht veröffentlichtes BAG-Urteil[230], das wiederum ausdrücklich ablehnt, die Beendigung eines befristeten Arbeitsvertrages daraufhin zu überprüfen, ob die Verweigerung der Weiterbeschäftigung in entsprechender Anwendung des KSchG sozial gerechtfertigt ist. Die nächste Stellungnahme des BAG enthält die Revisionsentscheidung von 1979[231] zu dem oben erwähnten Urteil des OLG Düsseldorf. Das BAG stellt sich in diesem Urteil auf den Standpunkt, daß eine entsprechende Anwendung des KSchG "zur Zeit nicht in Betracht" kommt, nachdem der Große Senat 1960 das Sachgrunderfordernis eingeführt hatte. Der erkennende Senat führt aus, die Analogie überschreite die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung und verstoße deshalb gegen Art. 20 III GG. Es fehle an der für eine Analogie erforderlichen Lücke im Gesetz, weil die Rechtsfrage durch die Auslegung des § 620 BGB dahingehend geklärt sei, daß für Befristungen ein sachlicher Grund erforderlich ist[232].

A. HUECK[233] hat schon 1962 davor gewarnt, "die Zulässigkeit einer Befristung in jeder Hinsicht analog zur Zulässigkeit einer Kündigung zu behandeln", weil der Gesetzgeber den Be-

---

229) Urt. vom 3.2.71, 5 AZR 282/70, AP Nr. 9 zu § 7 BUrlG Abgeltung, Leitsatz 8.

230) Urt. vom 20.3.75, 2 AZR 27/74, zitiert von KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 18.

231) Urt. vom 29.8.79, 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Auch in dem Urteil vom 7.3.80, 7 AZR 177/78, AP Nr. 54 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, lehnt das BAG eine Analogie zum KSchG mit fast identischer Argumentation ab.

232) Ob man allerdings tatsächlich hinsichtlich des Sachgrundmerkmals von gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung und bloßer Auslegung sprechen kann, ist zumindest äußerst zweifelhaft. Näherliegend ist es, auch die Ansicht des BAG als lückenfüllende Rechtsfortbildung anzusehen.

233) Anm. AP Nr. 23 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

standsschutz des KSchG bewußt nicht auf befristete Verträge ausgedehnt habe[234]. Ähnlich lehnen auch WIEDEMANN/PALENBERG, KR-HILLEBRECHT[235], G. HUECK[236], REUTER, V. STEBUT und KOCH die Analogie ab, weil sie "praktisch eine Derogation des § 620 BGB beinhaltete"[237] bzw. "§ 620 BGB praktisch leer laufen"[238] läßt.

γ) Stellungnahme

Das Argument, daß der Gesetzgeber das KSchG bewußt nicht auf Fristverträge ausgedehnt hat[239], ist heute noch sehr viel stärker als zur Zeit des entsprechenden Einwands von A. HUECK[240]. Bei der 1969 erfolgten tiefgreifenden Reform des KSchG wäre es leicht möglich gewesen, die aus der höchstrichterlichen

---

234) So auch KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 12

235) § 620 BGB Rdnr. 85 und 18

236) in HUECK, KSchG, § 1 Rdnr. 50

237) WIEDEMANN/PALENBERG RdA 1977, 85 (87); KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 18; ähnlich die Äußerung bei V. STEBUT, ZfA 1977, 311 (376), wonach die Meinung von KEMPFF "praktisch auf ein vollständiges Verbot befristeter Arbeitsverhältnisse" hinauslaufe. Ähnlich auch G. HUECK in HUECK, KSchG, § 1 Rdnr. 50: HUECK nimmt ebenfalls einen Verstoß gegen § 620 BGB an, spricht aber (zu Recht) nur von einer "weitgehenden Beseitigung" von Befristungen bei Anwendung dieser Auffassung.

238) KOCH BB 1978, 1218 (1220), unter 3. Dem entspricht die Formulierung von REUTER, JuS 1980, 688 (Bespr. von BAG Urt. vom 29.8.1977), "§ 620 BGB ist in der Sache außer Kraft gesetzt."

239) Siehe dazu den Regierungsentwurf zum KSchG vom 10.8.1951, RdA 1951, 58: Das Gesetz soll nicht für befristete Verträge gelten, wobei aber Fristverträge nicht der Gesetzesumgehung dienen dürfen.

240) Anm. AP Nr. 23 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

Rechtsprechung bekannte Befristungsproblematik durch Einbeziehung von Zeitverträgen in das KSchG zu lösen[241]. Auch der Umstand, daß der Gesetzgeber 1963 durch Einfügung des § 556b BGB den Wohnraumkündigungsschutz auf befristete Mietverträge ausgedehnt hat[242], spricht dafür, daß er die entsprechende Problematik beim KSchG nicht übersehen hat[243]. Allerdings trifft es m. E. trotz der zweifellos vom Gesetzgeber erkannten Problematik zu, daß eine - vom Gesetzgeber schon 1951 bewußt zur Schließung durch die Rechtsprechung belassene - Gesetzeslücke besteht[244]. Jedoch darf die Ausfüllung der Lücke nicht durch Anwendung des KSchG auf alle Fristverträge in einer Weise erfolgen, die dem Willen des Gesetzgebers widerspricht.

Der Wille des Gesetzgebers allein wäre schon ausreichend, um eine Problemlösung zu verwerfen, durch die befristete Arbeitsverhältnisse faktisch beseitigt werden. Gegen die Gleichbehandlung von Kündigung und Auslaufen von Zeitverträgen[245] spricht aber auch ein bestehendes praktisches Bedürfnis[246] für die bei einer Befristung eintretenden Rechtsfolgen. Richtigerweise muß man - mit DÄUBLER[247] und BEUTHIEN[248] - für Fristverträge geradezu verlangen, daß den beteiligten Interes-

---

241) Auch das BAG in den Urteilen vom 29.8.79 und vom 7.3.80, unter I 1 b, beide a. a. O. (Fn. 231), sowie BEITZKE in seiner Anm. zu dem erstgenannten Urteil, SAE 1980, 186, weisen darauf hin, daß der Gesetzgeber "in den letzten Jahren" in Kenntnis der st. Rspr. des BAG die §§ 611ff BGB mehrmals reformiert hat, ohne § 620 BGB zu ändern.

242) Gesetz vom 29.7.1963, BGBl. I S. 505

243) Das LAG Düsseldorf (Urt. vom 3.5.77, 18 Sa 169/76, DB 1977, 2380) gebraucht deshalb zu Unrecht den Hinweis auf die "Vorschriften zur Erhaltung befristeter Wohnungsmietverhältnisse" als Argument für eine Analogie zum KSchG.

244) A. A. ist das BAG, Urt. vom 29.8.79, a. a. O (Fn. 231). Siehe oben vor Fn. 232.

245) bzw. das Unterlassen der Weiterbeschäftigung, das nach OTTE, S. 89, GROTHEER, S. 34, und BÜTTICHER, BB 1955, 675 und SAE 1961, 129, der Tatbestand ist, der einer Kündigung analog zu behandeln ist.

246) Siehe hierzu die Nachweise oben in Fn. 20

247) ArbR 2, unter 8.9.1, S. 318

248) RdA 1978, 2 (8)

sen nicht durch unbefristete Einstellung und personen- oder betriebsbedingte Kündigung genügt werden kann[249]. Dabei ist insbesondere an Vorschriften und Konsequenzen zu denken, die für einen nur vorübergehend bestehenden Arbeitsplatz nicht passen. Ein Beispiel dafür ist das Problem, daß bei unbefristeter Einstellung für einen nur vorübergehenden Mehrbedarf u. U. später Stammarbeitnehmer entlassen werden müssen[250]. Ein Bedürfnis der Praxis für Befristungen, die bei einer Analogie nicht möglich bzw. nicht sinnvoll wären, besteht ferner bei der Gefahr eines Aktualitätsverlusts von Kenntnissen - etwa bei Lektoren[251], und im Medienbereich[252] - und in den Fällen eines Abwechslungsbedürfnisses, das bei Künstlern[253], im Medienbereich[254] und bei Dozenten[255] gegeben sein kann. Des weiteren wäre es bei Befristungen wegen Fortbildungszwecks[256] nicht unproblematisch[257], einen betriebsbedingten Grund i. S. d. § 1 KSchG anzunehmen. Selbst bei auf Dauer angelegten Beschäftigungsverhältnissen kann ein anzuerkennendes Bedürfnis für vom KSchG abweichende Rechtsfolgen bestehen. Hierzu ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Erreichen einer bestimmten Altersgrenze zu nennen, die nach ganz h. M. als Befristung zulässig ist, aber bei entsprechender

---

249) Siehe hierzu auch unten C II 1 c, a. E.

250) Siehe dazu unten C II 1 d cc, a. E. Auch das BAG rechnet die Einbeziehung von Stammarbeitnehmern in die soziale Auswahl zu den Nachteilen einer analogen Anwendung des KSchG: Urt. vom 12.5.55, 2 AZR 23/54, unter I a. E., AP Nr. 2 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2.

251) siehe oben 3. Teil, C I 2 b α

252) oben 3. Teil, C I 2 b β

253) oben 3. Teil, C I 3 a

254) oben 3. Teil, C I 3 c; siehe hierzu auch die Ausführungen von OTTE, S. 125ff., zur "Verschleiß"-Fallgruppe.

255) oben 3. Teil, C I 3 d

256) oben 3. Teil, C I 6

257) OTTE, S. 176ff., nimmt bei Ausbildungszweck einen betriebsbedingten Grund an.

Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften nicht schlüssig begründet werden kann[258]. Nach alledem lassen sich manche Bedürfnisse für vom KSchG abweichende Rechtsfolgen mit der Analogielösung nicht erfüllen.

Ein m. E. noch wichtigeres Argument, das gegen die hier diskutierte Lösung spricht, liegt darin, daß diese den Arbeitnehmer zu wenig schützt[259]. Da sie auf das Sachgrunderfordernis verzichten will[260], wäre die Arbeitgeberseite nicht gehindert, Arbeitsverhältnisse allein zu dem Zweck der Vermeidung des Sonderkündigungsschutzes, des kollektiven Kündigungsschutzes[261] und der Kündigungsfristen zu befristen. Daß analog § 1 II KSchG die soziale Rechtfertigung der Nichtweiterbeschäftigung verneint werden könnte, wenn der Arbeitnehmer gerade wegen seiner Zugehörigkeit zu einer besonders geschützten Gruppe nicht weiterbeschäftigt wird[262], ist bei weitem kein ausreichendes Korrektiv, denn dem Arbeitnehmer wird dieser Nachweis selten gelingen.

Ein weiterer Nachteil für die Arbeitnehmerseite besteht darin, daß in Betrieben mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern (ausschließlich der Lehrlinge) - also beispielsweise in den meisten Handwerksbetrieben - Befristungen schrankenlos zulässig wären[263]. Diese Arbeitnehmer würden also nicht nur den be-

---

258) siehe oben 3. Teil, C I 2 a aa € meine Auseinandersetzung mit der Auffassung von OTTE zur Altersgrenze.

259) Ähnlich BEITZKE, Anm. SAE 1980, 186, gegen eine Analogie: Nicht nur der Kündigungsschutz gibt Veranlassung zu sachwidrig befristeten Arbeitsverhältnissen, sondern es können auch z. B. die Ausschaltung von Urlaub oder von Feiertagsentlohnung in Betracht kommen.

260) Dies wird ausdrücklich ausgesprochen von OTTE, S. 96

261) In Betrieben, die ohnehin keinen Betriebsrat bzw. Personalrat haben (§ 1 BetrVG: erforderlich sind mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer, von denen drei wählbar sein müssen), kommt eine Umgehung des kollektiven Kündigungsschutzes als Motiv für Befristungen nicht in Betracht. Möglich ist diese Motivation aber in Betrieben mit Betriebsrat, die bei analoger Anwendung des KSchG bei befristeten Arbeitsverhältnissen mit nicht mehr als sechs Monaten Dauer den Betriebsrat nicht anhören müßten.

262) GROTHEER S. 71ff.; zustimmend OTTE S. 101.

263) Zum Sachgrunderfordernis in solchen Betrieben siehe unten B V.

sonderen Kündigungsschutz verlieren, sondern sie kämen auch nicht in den Genuß der gesetzlichen Mindestkündigungsfristen, was gerade bei Kettenverträgen ohne sachlichen Grund von Bedeutung ist, weil der Arbeitnehmer sich in diesen Fällen nicht auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Fristablauf einstellt.

Demnach ist dieser Ansatz nicht nur wegen Verstoßes gegen den Willen des Gesetzgebers als unzulässige Rechtsfortbildung abzulehnen, sondern er führt auch sowohl für die Arbeitgeber- als auch die Arbeitnehmerseite zu nachteiligen Ergebnissen. Die Behauptung von OTTE[264] trifft nicht zu, daß die Anwendung des KSchG auf befristete Arbeitsverträge im wesentlichen zu denselben Ergebnissen führe wie die Rechtsprechung des BAG zum sachlichen Grund.

Daß diese Lösung dennoch in der Literatur vordringen konnte, erklärt sich daraus, daß auf den ersten Blick die Vorteile stärker ins Auge fallen. Vor allem ist der dogmatische Ansatz einer Analogie[265] unkompliziert, ja geradezu elegant im Ver-

---

264) S. 190 (als Fazit seiner Dissertation) und S. 149

265) Zwischen den Befürwortern einer Anwendung des Kündigungsschutzes auf Fristverträge ist, wie oben unter *d* bei Fn. 222f. dargelegt, umstritten, ob "nur" eine Analogie oder eine unmittelbare Anwendung vorzunehmen ist. M. E. ist eine unmittelbare Anwendung im Hinblick auf die Absichten des Gesetzgebers erst recht unhaltbar. Ich verzichte auf eine Auseinandersetzung mit den Argumenten beider Seiten, da ohnehin beide Auffassungen abzulehnen sind. Zu dem Meinungsstreit zwischen den beiden "Flügeln" einer Anwendung des KSchG siehe OTTE S. 97 (gegen eine unmittelbare Anwendung, durch die das KSchG "überzogen" würde) und KEMPFF DB 1976, 1576, Fn. 2 (gegen Analogie, weil Kündigung und Nichtweiterbeschäftigung keine vergleichbaren Tatbestände darstellten).

gleich zu den anderen dogmatischen Begründungen, die angeboten werden. Als Vorteil erscheint zunächst auch die dem spontanen Rechtsgefühl entsprechende Folge dieser Auffassung, daß ein befristet eingestellter Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden muß, wenn die von ihm ausgeübte Arbeitsaufgabe entgegen den ursprünglichen Erwartungen bei Fristablauf noch nicht beendet ist[266]. Diese Lösung würde also dem Arbeitnehmer manchen psychologischen Druck dahingehend abnehmen, sich dem Arbeitgeber "wohlgefällig" verhalten zu müssen[267]. Andererseits ist aber zu bedenken, daß der Arbeitgeber bei der Auswahl eines befristet einzustellenden Arbeitnehmers häufig weniger Sorgfalt aufwenden wird, weshalb das Arbeitsverhältnis sich bei zunächst gerechtfertigten Befristungen ohne Zutun des Arbeitgebers nicht in ein unbefristetes sollte umwandeln können[268].

cc) Unmittelbare Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (KOCH 1978)

d) Die Meinung von Hartmut KOCH

KOCH[269] will aufgrund "systematischer Auslegung des § 620 BGB im Zusammenhang der Rechtsordnung" Kündigungsschutzvorschriften unmittelbar (ausdrücklich nicht analog) auf befristete Arbeitsverträge anwenden und dabei auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abstellen, wenn nach Sinn und Zweck der fraglichen Kündigungsschutzvorschrift "der Arbeitsplatz dem Arbeitnehmer im konkreten Fall erhalten bleiben sollte, also durch das befristete Arbeitsverhältnis der Kündigungsschutz umgangen würde". Zwischen Befristungsabrede und Frist-

---

266) Auf diesen Vorteil weist auch OTTE, S. 108, hin.

267) Siehe dazu unten C II 1 d aa, a. E.

268) So zu Recht MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 20. Siehe hierzu unten D.

269) BB 1978, 1218 (1220f.)

ablauf eintretende Umstände sollen die Wirksamkeit der Befristung nicht beeinflussen können. Hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunkts weicht KOCH also von allen anderen Befürwortern einer Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes unabhängig vom Vorliegen eines sachlichen Grundes ab.

Demnach wäre eine Befristung nur zulässig, wenn bei Vertragsabschluß personen- oder betriebsbedingte Gründe i. S. d. § 1 KSchG vorliegen[270]. Die Anwendung von § 1 KSchG hätte ferner zur Folge, daß der Arbeitgeber die Beweislast für die Befristungsgründe trägt. Ein Fristvertrag mit einer Schwangeren ist nach Auffassung von KOCH gem. § 9 I, III MuSchG nur mit Zustimmung der Arbeitsschutzbehörde zulässig, "wenn die Schwangerschaft dem Arbeitgeber bei Abschluß des Arbeitsvertrages bekannt war oder innerhalb von zwei Wochen mitgeteilt wird; dagegen hat eine nachträgliche Schwangerschaft keinen Einfluß auf deren Wirksamkeit. Dem Abschluß eines befristeten Arbeitsverhältnisses mit einem Schwerbehinderten muß gem. § 12 SchwbG außerhalb der Fälle des § 17 SchwbG zuvor die Hauptfürsorgestelle zustimmen. § 2 Abs. 2 ArbPlSchG verbietet die Befristung eines Arbeitsverhältnisses mit einem Arbeitnehmer vor oder nach dem Wehrdienst aus Anlaß des Wehrdienstes, für diese Fälle gilt § 1 Abs. 4 ArbPlSchG nicht. Mit einem während eines befristeten Arbeitsverhältnisses gewählten Mitglied einer Arbeitnehmervertretung darf wegen § 15 KSchG kein erneutes befristetes Arbeitsverhältnis eingegangen werden."

β) Literatur

KR-HILLEBRECHT[271] lehnt die Auffassung von KOCH mit den gleichen Argumenten ab, die er auch den Verfechtern einer analogen Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften auf die Nichtweiterbeschäftigung entgegenhält.

---

270) KOCH BB 1978, 1221; verhaltensbedingte Gründe für eine Befristung scheiden praktisch aus

271) § 620 BGB Rdnr. 85 und 18

γ) Stellungnahme

KOCH muß zugestanden werden, daß die von ihm vertretene Lösung die vom Gesetzgeber vorgegebene grundsätzliche Zulässigkeit von Befristungen respektiert, indem bei der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes nicht auf den Fristablauf, sondern auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abgestellt wird[272].

Jedoch ist die dogmatische Begründung schon deshalb nicht überzeugender als diejenige des BAG, weil auch KOCH seine Rechtsauffassung mit einer "objektiven Umgehung" begründet[273].

Wichtiger als dieser dogmatische Gesichtspunkt sind die zum Teil nicht sachgerechten Ergebnisse, zu denen die Auffassung von KOCH führt. Der schwerwiegendste Punkt ist, daß KOCH in Betrieben mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern ausschließlich der Auszubildenden Befristungen uneingeschränkt zulassen will. Diese Ansicht läßt andere Kündigungsschutzvorschriften als das KSchG, z. B. das MuSchG, das SchwbG und Mindestkündigungsfristen, weitgehend außer Betracht[274].

---

272) Insofern unterscheidet die Ansicht von KOCH sich nicht nur durch die unmittelbare statt analoge Anwendung von der (oben unter a dargelegten) Ansicht von BÜTTICHER, KRAFT, BLOMEYER und SCHWERDTNER, wonach die Kündigungsschutzvorschriften nur bei fehlendem Sachgrund anwendbar sind. Vielmehr liegt auch ein wichtiger praktischer Unterschied darin, daß nach Ansicht von KOCH nur die Gegebenheiten zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich sind, während BÜTTICHER und KRAFT auf die Umstände zur Zeit der Nichtweiterbeschäftigung abstellen wollen.

273) Ablehnend zur unmittelbaren Anwendung des KSchG auf Befristungen auch OTTE, S. 97, der zu Recht davon spricht, daß damit das KSchG "überzogen" wird.

274) Die von KOCH aufgestellten Zustimmungserfordernisse bezüglich der Arbeitsschutzbehörde bei Schwangeren bzw. der Hauptfürsorgestelle bei Schwerbehinderten sind kein akzeptabler "Ersatz" für ein Sachgrunderfordernis, da sie nicht greifen, wenn z. B. die Schwangerschaft erst während des Arbeitsverhältnisses eintritt.

M. E. ist ebenso die von KOCH vertretene ausnahmslose Zulässigkeit von Befristungen mit bis zu sechs Monaten Dauer abzulehnen[275]. Daß KOCH für die befristete Einstellung von Schwangeren oder Schwerbehinderten die Zustimmung der Arbeitsschutzbehörde bzw. der Hauptfürsorgestelle verlangt, würde nicht dazu führen, daß die Angehörigen dieser Gruppen unbefristet eingestellt werden, sondern nur dazu, daß sie überhaupt nicht eingestellt werden[276]. Wenn mit einem befristet beschäftigten Mitglied des Betriebs- oder Personalrats kein erneutes befristetes Arbeitsverhältnis eingegangen werden darf, wird dieser "Schutz" eher zur Nichtweiterbeschäftigung als zum unbefristeten Arbeitsvertrag führen und dürfte deshalb befristete Beschäftigte eher davon abhalten, für diese Gremien zu kandidieren.

Diesen abzulehnenden Konsequenzen der Ansicht von KOCH stehen keine Vorteile im Vergleich zur h. M. gegenüber. Soweit KOCH das Kündigungsschutzgesetz anwenden will, ergeben sich bei der Prüfung, ob ein betrieblicher oder in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund für die Befristung vorliegt, meist im Ergebnis keine Unterschiede gegenüber dem von der h. M. herangezogenen Kriterium des "sachlichen Grundes". Die Auffassung von KOCH ist lediglich insofern restriktiver, als einige Fallgruppen sachlicher Rechtfertigung sich nicht den Voraussetzungen des § 1 KSchG subsumieren lassen. Wie oben[277] dargelegt wurde, besteht aber für eine Befristung auch in diesen Fällen durchaus ein berechtigtes Bedürfnis. Ferner ist es keine Besonderheit des dogmatischen Ansatzes von KOCH, daß eine Befristung aus Anlaß des Wehrdienstes aufgrund von § 2 II ArbPlSchG nicht zulässig sein soll, denn eine so motivierte Befristung kann ohnehin nicht als sachlich gerechtfertigt angesehen werden.

---

275) Siehe unten B IV

276) Siehe zu dieser Problematik auch unten C II 4 c

277) unter bb γ

Ein zu begrüßendes Ergebnis dieses Lösungsansatzes ist allerdings, daß der Arbeitgeber für die Befristungsgründe die Beweislast trägt[278]. Das gleiche Ergebnis kann man aber auch mit dem Sachgrund-Kriterium erhalten, wenn man richtigerweise den Gesichtspunkt der Beweisnähe heranzieht.

Nach alledem ist die Meinung von KOCH abzulehnen.

c) Analogie nur für die Auswahlentscheidung, welches von mehreren ausgelaufenen befristeten Arbeitsverhältnissen fortzusetzen ist (GAMILLSCHEG 1962)

GAMILLSCHEG[279] will die Auswahlkriterien des § 1 KSchG anwenden, wenn mehrere Fristverträge gleichzeitig auslaufen und nur ein Teil der betroffenen Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden kann[280].

Diese Aufassung darf mit den oben dargelegten Meinungen zur Analogie bei Fristverträgen nicht in einen Topf geworfen werden[281], denn GAMILLSCHEG will weder das Sachgrundkriterium durch eine Analogie zum KSchG ersetzen, noch will er die Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Befristungen dogmatisch begründen. Es handelt sich lediglich um eine Ana-

---

278) KOCH BB 1978, 1221. Vgl. näher Fn. 57.

279) Festschrift E. MOLITOR, 1962, S. 77

280) Zur Problematik einer solchen Auswahlentscheidung vgl. oben bei und in Fn. 47 und 48.

281) Dies tut aber OTTE, S. 80, Fn. 3. Der weitere in dieser Fn. von OTTE zitierte Festschriftbeitrag von GAMILLSCHEG - Festschrift Weber, S. 807 - gibt zur Analogie-Frage überhaupt nichts her.

logie in der speziellen Frage, was bei einer Auswahl zwischen mehreren bisher befristet beschäftigten Arbeitnehmern zu gelten hat[282].

5. Auffassungen, die auf die Sicht des Arbeitnehmers abstellen

a) Vertrauen auf die Verlängerung des Fristvertrages bei Kettenverträgen (MOLITOR 1954; HÜFL 1955)[283]

MOLITOR und HÜFL bieten eine nur für sog. Kettenverträge, also unmittelbar aneinander anschließende Fristverträge mit demselben Arbeitnehmer, bestimmte Lösung an.

aa) MOLITOR

Nach Ansicht von MOLITOR[284] muß der Zeitvertrag auf unbestimmte Dauer, mindestens aber für die Dauer der letzten Befristung, weiterlaufen, wenn der Arbeitnehmer nach mehreren Vertragsverlängerungen mit einer weiteren Verlängerung rechnen konnte. Es sei dann nämlich anzunehmen, daß der Arbeit-

---

282) Die von GAMILLSCHEG a. a. O. (Fn. 279), S. 76, vertretene Ansicht, eine bei Vertragsabschluß gerechtfertigte Befristung könne nachträglich ihre Rechtfertigung verlieren, kommt zwar der Auffassung der Analogieverfechter nahe (BÖTTICHER und KRAFT stellen allerdings ausschließlich auf den Zeitpunkt des Auslaufens des Vertrages ab), jedoch kann man nicht schon deshalb GAMILLSCHEG diesen dogmatischen Ansatz unterstellen. Richtigerweise sind diese Ausführungen von GAMILLSCHEG so zu verstehen, daß er lediglich abweichend von der h. M. bei der Frage nach dem für die Sachgrundprüfung maßgeblichen Zeitpunkt nicht nur den Moment des Vertragsabschlusses, sondern auch die spätere Entwicklung berücksichtigen will.

283) Eine ausführliche Auseinandersetzung mit MOLITOR und HÜFL findet sich bei BÖHM, S. 46ff. Die von MOLITOR und HÜFL vertretenen Ansichten sind allerdings nicht so deckungsgleich, wie es in der Darstellung von BÖHM erscheint. Dennoch verzichte ich auf eine ausführliche Wiedergabe dieser Auffassungen, weil diese in der heutigen Diskussion keine Rolle mehr spielen und praktisch nur noch von historischem Interesse sind.

284) BB 1954, 504 (505)

geber auch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis eingegangen wäre, weshalb der (anderslautende) ausgesprochene Wille des Arbeitgebers gemäß §§ 242, 157 BGB in dem genannten Sinn ausgelegt werden müsse.

Diese Ansicht ist schon deshalb abzulehnen[285], weil der Arbeitnehmer zunächst für mehrere Befristungen ungeschützt ist. Aber auch der dogmatische Ansatz der Auslegung ist wegen des eindeutig entgegenstehenden Vertragsinhalts nicht tragfähig[286].

bb) HÜFL

Auch HÜFL[287] schützt nur das Vertrauen des Arbeitnehmers auf die weitere Verlängerung eines Kettenvertrages, und auch er nimmt Zuflucht zu § 242 BGB. Die Lösungswege der Umgehung oder der Fürsorgepflichtverletzung lehnt er ab, weil sie mit der Vertragsfreiheit nicht vereinbar seien[288]. Der Grundsatz von Treu und Glauben und die Beachtung der guten Sitten geböten, daß das Arbeitsverhältnis eines Beschäftigten, der auf weitere Vertragsverlängerungen nach mehrmaliger Befristung hoffen durfte, sich bei "zweckbestimmten"[289] Befristungen verlängert und in den anderen Fällen als unbefristetes behandelt wird.

Auch hier ist schon die Beschränkung auf Kettenverträge unzureichend. Darüber hinaus ist es überzogen, aus § 242 BGB, aus dem sich (nur) Nebenpflichten und Beschränkungen der Rechts-

---

285) Ablehnend auch NIKISCH S. 673, Fn. 43; WOHNSEIFER S. 14; BÖHM S. 46; SCHRÖTER S. 55; GROTHEER S. 41; AUFDERHAAR S. 130; OTTE S. 64.

286) Hierzu ausführlich OTTE S. 64 m. w. N.

287) S. 56ff. und S. 94f., unter III

288) S. 35ff., 43ff. und 94

289) Hiermit meint HÜFL aber nicht Befristungen durch den Zweck des Arbeitsverhältnisses, sondern kalendarische Befristungen für Aufgaben von begrenzter Dauer.

ausübung ergeben, einen anderen als den vereinbarten Vertragsinhalt hinsichtlich der Hauptleistungen zu entnehmen. Das schwere Geschütz des § 826 BGB, das HÜFL ebenfalls erwähnt[290], ist nur in seltenen Ausnahmefällen anwendbar.

b) Unzulässigkeit der Befristung bei aus der Sicht des Arbeitnehmers beabsichtigtem Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit (REUTER 1978)

REUTER stellt wie MOLITOR und HÜFL auf die Sicht des Arbeitnehmers ab. "Der Befristung sollte die rechtliche Anerkennung nur dann verwehrt werden, wenn - wie typischerweise bei den Kettenarbeitsverträgen - aus der Sicht des betroffenen Arbeitnehmers ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit in Aussicht genommen worden ist. Nur dann droht die Befristung nämlich die legitime Zielsetzung des Kündigungsschutzes - die Ausschaltung der Entlassung als Disziplinierungsmittel - zu durchkreuzen"[291].

REUTER zitiert für seine Ansicht MOLITOR, weicht aber insofern von MOLITOR ab, als er offenbar nicht nur bei Kettenverträgen eine Befristungskontrolle als möglich ansieht.

Zur dogmatischen Begründung seiner Auffassung äußert REUTER sich nicht näher. Die oben wiedergegebene Formulierung, die auf die Zielsetzung des Kündigungsschutzes abstellt, läßt aber an objektive Umgehung denken. Demnach wäre eine objektive Umgehung nicht - wie nach Ansicht des BAG - bei fehlendem sachlichem Grund, sondern unter der von REUTER genannten Voraussetzung anzunehmen.

---

290) S. 96

291) REUTER, Das Recht auf Arbeit - ein Prinzip des Arbeitsrechts? RdA 1978, 344 (350)

Die Auffassung von REUTER läßt Zeitverträgen bewußt einen sehr großen Spielraum. Hierfür ist maßgeblich, daß REUTER von den nach h. M. bestehenden Grundgedanken des Kündigungsschutzes lediglich das Willkürverbot, die "Ausschaltung der Entlassung als Disziplinierungsmittel", und nicht auch den Bestandsschutzgedanken auf die Frage der Zulässigkeit von Befristungen übertragen will[292]. REUTER begründet dies damit, daß eine Erschwerung von Befristungen und Unsicherheiten über die Rechtslage Unternehmen zwingen können, zu Lasten Arbeitssuchender[293] andere Wege als befristete oder unbefristete Neueinstellungen zu suchen, z. B. Oberstundenarbeit zur Überwindung von Kapazitätsengpässen[294]. Dem ist aber m. E. entgegenzuhalten, daß auch im Recht der unbefristeten Arbeitsverhältnisse die Kündigungsschutzvorschriften und die Erzwingbarkeit eines Sozialplans nach § 112 BetrVG den Arbeitgeber veranlassen werden, Neueinstellungen möglichst zu vermeiden. Eine gewisse Bevorzugung der Inhaber von Arbeitsplätzen gegenüber Arbeitssuchenden ist also keine Besonderheit, die sich nur bei Anwendung eines Sachgrunderfordernisses auf Befristungen ergibt, sondern es handelt sich um eine generelle Eigenschaft des (deutschen) Arbeitsrechts. Demnach ist

---

292) REUTER behandelt die nach seiner Ansicht gebotene Beschränkung des Kündigungsschutzes auf einen Schutz gegen willkürliche Entlassung außer in RdA 1978, 344 sehr ausführlich in "Grundlagen des Kündigungsschutzes - Bestandsaufnahme und Kritik", in: 25 Jahre BAG, 1979, S. 405ff., besonders S. 424.

293) Zu dem Konflikt zwischen den Interessen von Arbeitsplatzinhabern und Arbeitssuchenden siehe auch die Darlegungen von REUTER in "Die freie Wahl des Arbeitsplatzes - ein nicht realisierbares Grundrecht?", RdA 1973, 345ff., und in "25 Jahre BAG" (siehe oben Fn. 292), S. 405ff., insbes. S. 410ff. Siehe ferner hierzu ZÖLLNER, Sind im Interesse einer gerechten Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?, Gutachten D zum 52. Deutschen Juristentag, 1978, S. D 113ff.; BUCHNER MittHV 1981, 125 (126, 1. Spalte); RICHARDI DB 1981, 1461 (1463), III 2 a. E.

294) RdA 1978, 344 (351)

dieses Argument von REUTER ein rechtspolitisches, das m. E. de lege lata nicht berücksichtigt werden kann[295]. Da Restriktionen hinsichtlich der Befristungsmöglichkeit gerade den Sinn haben, dem für unbefristete Arbeitsverhältnisse geltenden Arbeitnehmerschutz einen Flankenschutz zu gewähren, müssen die Eigenheiten dieses Schutzes auch auf die Rechtslage bei Befristungen durchschlagen.

M. E. reicht die von REUTER vertretene Formel auch nicht aus, um die Ausnutzung von Befristungen als Disziplinierungsmittel zu verhindern. Beispielsweise bei - nach REUTER wohl zulässigen - Befristungen wegen der Befürchtung nachlassender Konjunktur wird der Arbeitnehmer mit einer Verlängerung rechnen und sich folglich durch das Erfordernis eines erneuten Vertragsabschlusses unter Druck fühlen und disziplinierbar sein.

REUTER meint[296], daß trotz der von ihm vertretenen geringen Restriktion gegenüber Fristverträgen nicht zu befürchten sei, daß Befristungen zum Regeltyp des Arbeitsverhältnisses würden, denn die Unternehmen seien selbst daran interessiert, die Fluktuation zu begrenzen. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, daß die Unternehmen nicht mehr befürchten müssen, daß Befristungen zu erhöhter Fluktuation führen, sobald sich für bestimmte Tätigkeiten und Branchen diese Vertragsform allgemein durchgesetzt hat. Ferner wird diese Befürchtung in Sek-

---

295) A. A. REUTER, der (S. 350) ausführt, daß die Wertentscheidungen des Gesetzgebers im Rahmen der Rechtsfortbildung kritisch geprüft werden müßten und das Ausmaß der Verbindlichkeit je nach ihrer Oberzeugungskraft verschieden sei. Dabei sei zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber die Interessen der Arbeitssuchenden nicht bedacht habe. M. E. ist eine solche Differenzierung "je nach Oberzeugungskraft" mit der Bindung des Rechts an das Gesetz schwer vereinbar.

296) a. a. O. (Fn. 294)

toren des Arbeitsmarktes, in denen ein Arbeitskräfteüberangebot besteht, nicht schwerwiegend genug sein, um den Arbeitgeber vor der für ihn ansonsten günstigen Befristung zurückschrecken zu lassen. In wirtschaftlichen Krisenzeiten könnten Befristungen u. U. in bestimmten Branchen und für bestimmte Aufgabenbereiche üblich werden und dann auch in Zeiten eines ausgeglichenen Arbeitsmarktes beibehalten werden. In Anbetracht der für den Arbeitnehmer mit Befristungen verbundenen Nachteile wäre dies m. E. auch dann nicht akzeptabel, wenn Fristverträge immerhin noch der insgesamt weniger häufige Typus blieben.

III. Stellungnahme

Der obige kurze Oberblick über den Meinungsstand zeigt, daß die vom BAG vertretene Theorie der objektiven Umgehung zusammen mit dem - inhaltlich identischen - Ansatz der restriktiven Auslegung des § 620 BGB der einzige Lösungsweg ist, gegen den keine unüberwindlichen Bedenken bestehen.

Ein großer Vorteil der vom BAG vertretenen Auffassung liegt in der Offenheit, sozusagen "Ehrlichkeit", dieser Argumentation. Der fast einhelligen Oberzeugung in Rechtsprechung und Literatur, daß befristete Arbeitsverträge nicht uneingeschränkt zulässig sein können, liegt nämlich immer der gleiche Gedanke zugrunde, daß andernfalls der für unbefristete Arbeitsverhältnisse geltende Arbeitnehmerschutz weitgehend gegenstandslos werden könnte. Dies ist ein Umgehungsgedanke. Nichts liegt näher, als die aus einer Umgehungsüberlegung für erforderlich gehaltene Einschränkung von Befristungen auch dogmatisch mit einem Rechtsinstitut der (objektiven) Umgehung zu begründen.

Jedoch liegt ein sehr schwacher Punkt des dogmatischen Ansatzes des BAG darin, daß ein Rechtsinstitut der objektiven, keine Umgehungsabsicht erfordernden Umgehung nach wie vor umstritten ist[297]. Die Theorie der restriktiven Auslegung des

297) Siehe hierzu oben I 3, Fn. 110

§ 620 BGB beruht auf den gleichen Oberlegungen und führt zu den gleichen Ergebnissen. Damit zeigt sich am Beispiel der befristeten Arbeitsverträge, daß eine Rechtsfigur der "objektiven Umgehung" nicht erforderlich ist. Da die Rechtswissenschaft die Zahl der Rechtsinstitute - wie die Mathematik die Zahl der Axiome - möglichst niedrig halten sollte, verdient trotz der Anschaulichkeit der "objektiven Umgehung" die Theorie der restriktiven Auslegung den Vorzug.

Im folgenden gehe ich davon aus, daß die Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtswidrig ist, wenn sie nicht durch einen ausreichenden sachlichen Grund gerechtfertigt erscheint. Dies ergibt sich nicht nur aus "restriktiver Auslegung" oder der "Theorie der objektiven Umgehung", sondern die obige Meinungsübersicht zeigt, daß der überwiegende Teil der Literatur vom Sachgrundkriterium ausgeht, wenn auch oft mit anderer dogmatischer Begründung. Die beiden nächsten Abschnitte dieser Untersuchung befassen sich deshalb mit dem Anwendungsbereich und mit der Konkretisierung des sachlichen Grundes.

B. Der Anwendungsbereich der Formel vom ausreichenden sachlichen Grund

I. Befristungskontrolle nur bei Arbeitsverhältnissen

Eine Anwendung der Befristungsgrundsätze auf freie Dienstverhältnisse kommt jedenfalls grundsätzlich nicht in Betracht, weil kein Arbeitnehmerschutz besteht, der durch Zeitverträge umgangen werden könnte[298]. Ob als Ausnahme von diesem Grund-

---

298) KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 2. Dies ist so selbstverständlich, daß es in Rspr. und Literatur i. d. R. nicht ausdrücklich ausgesprochen wird. Vgl. aber z. B. BAG Urteil vom 15.3.78, 5 AZR 819/76, DB 1978, 1035, wo der Senat zunächst unter II. die Arbeitnehmereigenschaft bejaht, bevor er unter III. die sachliche Rechtfertigung der Befristung prüft.

satz bei arbeitnehmerähnlichen Personen eine Befristungskontrolle durchzuführen ist, hat das BAG in Urteilen von 1957[299] und 1977[300] ausdrücklich offen gelassen. Erst 1981 hat der fünfte Senat diese Frage entschieden[301] und die Anwendbarkeit auf diese Fälle verneint. Das Gericht begründet seine Auffassung überzeugend damit, daß dieser Personenkreis bei unbefristeten Beschäftigungsverhältnissen keinen Kündigungsschutz in Anspruch nehmen kann[302]. Die gleiche Ansicht hatte mit der gleichen Begründung schon ROST[303] unter Zustimmung von HILLEBRECHT[304] vertreten. Ankündigungsfristen und Hinweispflichten bestehen jedoch unabhängig von der Arbeitnehmereigenschaft[305].

Auf die außerordentlich schwierige und umstrittene Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Dienstverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist, kann ich nicht näher eingehen[306]. Nach h. M. wird ein Arbeitsverhältnis begründet durch einenprivatrechtlichen Dienstvertrag, bei dem der Dienstnehmer abhängig ist. Statt von Abhängigkeit spricht ein Teil der Literatur von Unselbständigkeit. Abhängigkeit oder Un-

---

299) Urt. vom 16.12.57, 3 AZR 92/55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, Bl. 2R

300) Urt. vom 26.1.77, 5 AZR 796/75, unter I 4, AP Nr. 13 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten

301) BAG Urt. vom 9.9.81, 5 AZR 477/79, unter III, DB 1981, 2500 (bei dieser Fundstelle unter II); vom 23.9.81, 5 AZR 284/78, unter III.

302) Hinsichtlich des KSchG siehe BAG Urt. vom 16.12.57, a. a. O.; BAG AP Nr. 7 zu § 5 ArbGG.

303) KR, Arbeitnehmerähnliche Personen, Rdnr. 41

304) KR, § 620 BGB Rdnr. 3

305) Der Dienstberechtigte kann unter bestimmten Umständen verpflichtet sein, eine sog. Ankündigungsfrist einzuhalten, wenn er weitere befristete Aufträge nicht mehr erteilen will, KR-ROST, ArbNähnl. Pers. Rdnr. 41, 47, 54ff. Ferner besteht auch bei arbeitnehmerähnlichen Personen eine Hinweispflicht, (siehe dazu unten 2. Teil, C I 1 und II), wenn bei Zweckbefristung oder auflösender Bedingung nur der Dienstberechtigte die Beendigung des Dienstverhältnisses absehen kann; KR-ROST ArbNähnl. Pers. Rdnr. 47.

306) Siehe hierzu z. B. KR-WOLF, Grunds., Rdnr. 63ff.; ZÖLLNER, ArbR, § 4 III, S. 34ff.

selbständigkeit ergeben sich nach h. M. aus der Weisungsunterworfenheit, nach anderen Ansichten (auch) aus der Eingliederung in einen fremden Organisationsbereich oder aus einer typologischen Betrachtung[307]. Eine in Grenzfällen voll befriedigende Definition des Arbeitnehmerbegriffs hat sich noch nicht gefunden, und die Diskussion ist noch in vollem Gange[308].

II. Durch Gesetz vorgenommene, vorgeschriebene oder ausdrücklich zugelassene Befristungen

Für eine Befristung ist kein sachlicher Grund erforderlich, wenn die Befristung durch ein insoweit wirksames Gesetz vorgenommen, vorgeschrieben oder ausdrücklich zugelassen ist. Für die Wirksamkeit der gesetzlichen Regelung ist Voraussetzung, daß der Gesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz hat. Fehlt diese Zuständigkeit, so ist eine Befristung trotz der gesetzlichen Regelung nur beim Vorliegen eines Sachgrundes zulässig. Gemäß Art. 74 Nr. 12 GG hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht. Ob die Länder die Befristung von Arbeitsverhältnissen regeln können, hängt somit insbesondere davon ab, ob der Bund von seiner Kompetenz insoweit Gebrauch gemacht hat. Näheres hierzu unter 2.

---

307) Auch das BAG stellt in den Leitsätzen des Urteils vom 23.4.80, 5 AZR 426/79 (Leitsätze in DB 1980, 1996), die Bedeutung der Eingliederung und der typologischen Betrachtung heraus. Die Rechtsprechung mußte sich vor allem mit den ständigen Mitarbeitern von Rundfunk und Fernsehen befassen, um die es sich auch bei diesem Urteil handelt. Dazu jetzt BVerfG Beschluß vom 13.1.82, 1 BvR 848/77 u. a., DB 1982, 1062.

308) Siehe aus jüngster Zeit (m. w. N.) BEUTHIEN, RdA 1978, 2 (6f.), der zusätzlich zur "persönlichen Abhängigkeit" eine "Schutzbedürftigkeit im Sinne des Arbeitsrechts" verlangt und diese bei einer Tätigkeit von mehr als 40 Stunden monatlich bejaht, sowie LIEB, Beschäftigung auf Produktionsdauer - selbständige oder unselbständige Tätigkeit?, RdA 1977, 210 - 219.

1. Befristung unmittelbar durch ein Gesetz

Eine Befristung von Arbeitsverhältnissen unmittelbar durch Gesetz enthält § 14 BBiG[309]. § 14 I BBiG ordnet an: "Das Berufsausbildungsverhältnis endet mit dem Ablauf der Ausbildungszeit". Die Dauer der Ausbildungszeit richtet sich nach der Ausbildungsordnung[310], weshalb das Arbeitsverhältnis allein aufgrund von Normen öffentlichrechtlicher Körperschaften endet[311]. Besteht keine Ausbildungsordnung, so ist die Ausbildungszeit der Vertragsurkunde zu entnehmen[312]. Nach der üblichen Terminologie[313] enthält § 14 I BBiG eine Befristung i. e. S., § 14 II BBiG dagegen eine auflösende Bedingung, weil der Eintritt des auflösenden Ereignisses ungewiß ist: "Besteht der Auszubildende vor Ablauf der Ausbildungszeit die Abschlußprüfung, so endet das Berufsausbildungsverhältnis mit Bestehen der Abschlußprüfung." Diese gesetzlichen Befristungen (i. w. S.) sind gemäß § 18 BBiG unabdingbar[314].

---

309) Näheres zur Befristung nach dem BBiG bei STAUDINGER-NEUMANN, § 620 BGB Rdnr. 29f. Die Ausführungen von AUFDERHAAR, S. 99, zur Rechtsprechung des RAG zum Lehrverhältnis sind durch die hiervon abweichende gesetzliche Regelung des § 14 BBiG irreführend.

310) Rolf WEBER, Berufsbildungsgesetz, LBl., § 14 Anm. 1

311) Anders wäre dies allerdings, wenn man generell den Tag, der als Endtermin in der Vertragsurkunde angegeben ist, für den Ablauf der Ausbildungszeit maßgeblich sein lassen würde, wie dies vertreten wird von Hans G. HESS/Rolf LÖNS, Berufsbildungsrecht, 2. Aufl. 1978, S. 47 und 8.1.

312) Rolf WEBER, a. a. O. (Fn. 310)

313) Vgl. unten 2. Teil, A I

314) Nach § 18 BBiG sind Vereinbarungen, die zuungunsten des Auszubildenden u. a. von § 14 BBiG abweichen, nichtig. § 14 BBiG wird als für den Auszubildenden günstige Vorschrift angesehen, von der weder einzelvertraglich noch kollektivvertraglich abgewichen werden kann, siehe SCHAUB, Handbuch § 39 I 1, S. 156, und § 174 I, S. 879. Die Befristung kann für den Auszubildenden insofern günstig sein, als er ab Beendigung des Ausbildungsvertrages eine höhere Vergütung als die Ausbildungsvergütung erhält, sofern er weiterbeschäftigt wird oder eine entsprechende anderweitige Anstellung findet.

2. Gesetzlich vorgeschriebene oder ausdrücklich zugelassene Befristungen

Es finden sich auch gesetzliche Regelungen, die eine Befristung vorschreiben.

Eine solche Vorschrift des Bundesgesetzgebers enthält § 47 IV HRG, und zwar für Hochschulassistenten, die im Angestelltenverhältnis beschäftigt werden.

Ein Beispiel für eine derartige landesgesetzliche Regelung ist § 73 S. 2 des Universitätsgesetzes (UG) von Baden-Württemberg[315)136)], wonach das Arbeitsverhältnis wissenschaftlicher Mitarbeiter zu befristen ist, "wenn die Funktion der Stelle dies erfordert, insbesondere weil mit den zu übertragenden Dienstaufgaben eine Weiterbildungsfunktion verbunden ist". § 22 II bzw. § 24 III der Hochschulgesetze von Bremen bzw. Hamburg enthalten Kannbestimmungen bezüglich der Befristung wissenschaftlicher Universitätsangestellter[317)].

---

315) Universitätsgesetz vom 22.11.77, Gesetzblatt für Baden-Württemberg S. 473ff.

316) Auch § 82 S. 6 UG schreibt eine Befristung vor, und zwar für Lehraufträge. Bei Lehraufträgen wird es sich aber zumindest häufig nicht um ein Arbeitsverhältnis handeln. Ferner dürfen nach § 83 II 3 UG wissenschaftliche Hilfskräfte höchstens vier, Tutoren höchstens zwei Jahre nach Abschluß des Studiums beschäftigt werden. Dieser letztgenannten Regelung ist aber nach den Grundsätzen der unten in Fn. 331 zitierten BAG-Urteile kein Verbot des Abschlusses unbefristeter Verträge zu entnehmen, weil der "zwingende Charakter" sich hier ebensowenig aus der Norm selbst ergibt wie etwa in dem Fall AP Nr. 40 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, in dem das Gesetz die Formulierung "für eine befristete Zeit" gebrauchte.

317) Diese Vorschriften sind abgedruckt bei TETTINGER, RdA 1981, 351 (352), unter I.

Es stellt sich die Frage, ob bei einer solchen landesgesetzlichen Anordnung oder Erlaubnis, zu befristen, Zeitverträge auch ohne sachlichen Grund zulässig sind[318].

Diese Frage wird bejaht in einem Urteil des LAG Berlin[319], das in § 48 III des Landeshochschulgesetzes dieses Bundeslandes eine Rechtfertigung für Zeitverträge gesehen hat, weil diese Norm eine Befristung auf drei Jahre vorschreibt. Das BAG hat zutreffend herausgestellt, daß die Frage davon abhängt, "ob und gegebenenfalls inwieweit landesrechtlich im Hinblick auf Art. 74 Nr. 12 GG (konkurrierende Gesetzgebung des Bundes auf dem Gebiet des Arbeitsrechts) eine Regelung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit befristeter Arbeitsverträge ... vom Landesgesetzgeber festgelegt werden kann"[320], hat die Frage der Gesetzgebungskompetenz des Landes für befristete Arbeitsverträge im Bereich der Universität aber offen gelassen. WIEDEMANN/PALENBERG[321] haben dieses Problem - ausgehend von der Frage, ob die Regelung des Rechts der Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst zum Arbeitsrecht (Art. 74 Nr. 12 GG) oder zum öffentlichen Dienst (Art. 75 Nr. 1 bzw. Art. 73 Nr. 8 GG) zählt - vertieft geprüft und sind mit ausführlicher Begründung zu dem Ergebnis gekommen, daß eine

---

318) Bei dem genannten Beispiel wird diese Frage allerdings nicht unbedingt akut, denn in den Fällen, in denen "die Funktion der Stelle dies erfordert", ist bei sinnvoller Auslegung von § 73 S. 2 UG ohnehin ein Sachgrund gegeben. Bei einer restriktiven Auslegung zielt § 73 S. 2 UG nicht auf eine Erweiterung des Bereiches zulässiger Befristungen ab, sondern ordnet lediglich an, daß in bestimmten Fällen, in denen ohnehin nach den allgemeinen Grundsätzen befristet werden kann, der Arbeitsvertrag befristet werden muß.

319) vom 18.2.76, ohne Fundstelle zitiert von WIEDEMANN/PALENBERG RdA 1977, 85 (92) unter II 3 a.

320) Urteil vom 16.6.76, 2 AZR 630/74, AP Nr. 40 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

321) Anm. AP Nr. 46 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter II. Die Argumente können hier aus Raumgründen nicht wiedergegeben werden.

Landeskompetenz auch für Arbeiter und Angestellte im öffentlichen (Landes-)Dienst nicht besteht[322]. PLANDER/SCHMIDT[323] stimmen dem zu. Ebenso RICHARDI[324], der aber große Betonung darauf legt, daß die Länder nach Art. 75 Nr. 1a GG - lediglich Rahmenkompetenz des Bundes für die "allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens" - befugt sind, für den Hochschulbereich solche Befristungen vorzuschreiben, die (ohnehin) sachlich gerechtfertigt sind. Dies ist selbstverständlich zutreffend. Allerdings kann dennoch eine wegen einer wirksamen landesgesetzlichen Bestimmung vorgenommene Befristung deshalb unzulässig sein, weil der sachliche Grund im konkreten Einzelfall fehlt[325]. JOBS/BADER verneinen ebenfalls eine Zuständigkeit des Landesgesetzgebers[326]. KR-HILLEBRECHT[327] hält - ohne nähere Begründung - für zweifelhaft, ob die Länder die Befristung von Arbeitsverhältnissen regeln können.

---

322) Das gleiche Ergebnis hatten WIEDEMANN/PALENBERG bereits in RdA 1977, 85 (92), unter II 3, vertreten, dort allerdings mit äußerst knapper Begründung. Die Verfasser vertreten in diesem Gutachten ferner die Auffassung, solche ohne Gesetzgebungskompetenz zustandegekommene Regelungen begründeten eine Vermutung für die Sachgerechtigkeit der Befristung. Dem kann ich nicht zustimmen, denn damit hätte der Landesgesetzgeber de facto eine Gesetzgebungskompetenz für die Darlegungs- und Beweislastverteilung bei solchen Befristungen, indem er durch an sich unwirksame Regelungen Vermutungen begründen könnte. M. E. sind solche Gesetze völlig unbeachtlich. Auch eine Berücksichtigung für die Frage der "Oblichkeit im Arbeitsleben", die in diesem Gutachten und von PLANDER/SCHMIDT, AuR 1979, 321 (324), unter E, als möglich bezeichnet wird, kommt nicht in Betracht, da die Oblichkeit m. E. für die Frage der sachlichen Rechtfertigung unbeachtlich ist (siehe unten C IV).

323) AuR 1979, 321 (323), unter E

324) DB 1981, 1461 (1466f.), unter V.

325) Etwa wenn der Landesgesetzgeber für eine bestimmte Beschäftigtengruppe wegen Fortbildungszwecks Befristung vorschreibt, jedoch bei einem aufgrund dieser Vorschrift befristeten Arbeitnehmer nach den konkreten Arbeitsbedingungen weder eine ausreichende Fortbildungsmöglichkeit noch ein anderer Sachgrund besteht.

326) DB Beilage 21/1981, unter III 2 a, S. 5

327) § 620 BGB Rdnr. 27

Der Öffentlichrechtler TETTINGER hat die Zuständigkeitsfrage nochmals sehr eingehend geprüft und ist ebenfalls zu dem Ergebnis gekommen, daß der Bund - auch im Hochschulbereich - die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 14 Nr. 12 GG hat[328]. TETTINGER meint aber, dennoch "dürften kaum durchgreifende Bedenken gegen landesrechtliche" Regelungen bestehen, weil der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht habe. § 620 BGB und das Kündigungsschutzgesetz seien keine einschlägigen Regelungen[329] und das "gesetzesvertretende Richterrecht" zu Befristungen sei kein Gebrauchmachen von der Kompetenz[330]. Die Kompetenz der Länder für befristete Arbeitsverträge hängt also davon ab, ob man mit WIEDEMANN/PALENBERG solche Vorschriften als Spezialregelungen des Kündigungsschutzes ansieht - dann hätte der Bund durch die bestehenden Kündigungsschutzgesetze von seiner konkurrienden Zuständigkeit Gebrauch gemacht -, oder ob man die generellen Zulässigkeitsvoraussetzungen befristeter Arbeitsverträge mit TETTINGER als eigenständiges Rechtsgebiet ansieht, auf dem der Bund noch nicht tätig geworden ist. M. E.

---

328) Möglichkeiten und Grenzen einer Bundesgesetzgebung über befristete Arbeitsverträge im Hochschulbereich, RdA 1981, 351 (356), II 3 b cc und II 4.

329) a. a. O. (Fn. 328), S. 357, unter II 4

330) A. a. O. (Fn. 321), unter II 4, S. 356. A. A. WIEDEMANN/PALENBERG, Anm. AP Nr. 46 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter II 2; JOBS/BADER, DB Beilage 21/1981, unter III 2 a, S. 5. Die Gegenmeinung beruft sich darauf, daß auch durch gerichtliche Auslegung Bundesrecht entsteht. Letztlich kommt es deshalb auch in dieser Frage darauf an, ob man die Befristungsgrundsätze als eigenständiges Rechtsgebiet oder als bloße Auslegung des Kündigungsschutzrechts ansieht. Dazu sogleich.

spricht mehr für ersteres. Der Bundesgesetzgeber wollte mit der Nichterwähnung von Befristungen etwa im Kündigungsschutzgesetz erreichen, daß diese Arbeitsvertragsform jedenfalls nicht generell solchen Schutzvorschriften unterworfen ist. Das Schweigen des Bundesgesetzgebers hat also eine bestimmte regelnde Bedeutung für Fristverträge. Aus dieser Sicht erweist es sich als Verstoß gegen die konkurrierende Zuständigkeit, wenn etwa ein Bundesland Kündigungsschutzvorschriften für die Nichtweiterbeschäftigung nach ausgelaufener Befristung einführen würde. Eine Zuständigkeit der Länder ist demnach zu verneinen.

Eine Vorfrage bei der Beurteilung von Landesnormen über Fristverträge geht dahin, ob die Vorschrift überhaupt in dem Sinn auszulegen ist, daß eine unbefristete Beschäftigung verboten sein soll. Das BAG hat dies in zwei Urteilen für Vorschriften des hessischen Universitätsgesetzes verneint, weil der zwingende Charakter sich bei Verbotsgesetzen in aller Regel aus der Norm selbst ergebe, was nach Ansicht des Gerichts bei diesen Vorschriften nicht der Fall war[331]. Es kam deshalb bei diesen Urteilen nicht darauf an, ob Befristungen wegen eines Landesgesetzes zulässig sein können.

3. Gesetzliche Einschränkungen der Befristungsmöglichkeit bei Leiharbeit

Gemäß Art. 1 § 9 Nr. 2 AOG sind befristete Arbeitsverträge zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nur zulässig, wenn die Befristung aus einem in der Person des Arbeitnehmers liegenden sachlichen Grund gerechtfertigt ist.

Diese Einschränkung der Zulässigkeit läßt sich selbstverständlich nicht im Wege der Analogie auf alle befristeten Arbeits-

---

331) Urt. vom 16.6.76, 2 AZR 630/74, und vom 2.8.78, 4 AZR 58/77, AP Nr. 40 und 46 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

verhältnisse übertragen, denn es handelt sich um eine Spezialregelung, die dazu dienen soll, die Arbeitnehmerüberlassung zu begrenzen[332], und durch die verhindert werden soll, daß der Leiharbeitnehmer das Arbeitgeberrisiko des Verleihers tragen muß[333].

III. Keine Kontrolle der Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge bei fehlender Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers

1. Allgemeines

In einer der beiden ersten BAG-Entscheidungen zu befristeten Arbeitsverträgen führt das Gericht im Jahr 1954 aus, daß die Vertragsfreiheit Vorrang gegenüber dem Bestandsschutz genieße, wenn die wirtschaftliche und soziale Situation beider Parteien des Arbeitsvertrags mehr oder weniger gleich stark ist, wie dies "bei höheren oder leitenden Angestellten oder sonstigen qualifizierten Arbeitnehmern, deren Arbeitskraft besonders begehrt und selten ist, häufig gegeben sein wird"[334]. 1957 hat das BAG[335] die Befristung von Dozenten an Hoch- und Fachschulen als, wenn überhaupt zu überprüfen[336], jedenfalls gerechtfertigt angesehen, und hat zur Begründung unter anderem ausgeführt[337]: "Der Lehrauftrag wird regelmäßig nur als eine Nebenbeschäftigung ausgeübt; der Lehrbeauftragte ist auf die Vergütung, die er dafür erhält, meistens nicht angewiesen, so daß er keines besonderen sozialen Schutzes be-

---

332) WIEDEMANN/PALENBERG RdA 1977, 87

333) KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 13

334) Urt. vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, unter 3., AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1951, Bl. 3R

335) Urt. vom 16.12.57, 3 AZR 92/55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, mit zust. Anm. von Götz HUECK.

336) Die in dem Urteil ausdrücklich offen gelassene Vorfrage lautet, ob auf eine arbeitnehmerähnliche Person, als die der Senat den Kläger angesehen hat, die Befristungseinschränkungen überhaupt anwendbar sind. Vgl. oben I.

337) a. a. O. (Fn. 335), Bl. 3

darf. Ausnahmefälle rechtfertigen keine Durchbrechung der bewährten Handhabung." Mit diesem Urteil ist erstmals im Zusammenhang mit der Frage, ob Befristungen auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen sind, der Begriff der sozialen Schutzbedürftigkeit eingeführt worden, um den es in der Sache auch in dem zuerst zitierten Urteil von 1954 ging. Besonders bemerkenswert an dem zweiten Urteil ist, daß nicht auf die Schutzbedürftigkeit des konkreten Arbeitnehmers abgestellt wird, sondern typisiert wird[338]. Ferner ist in diesem Urteil erstmals der Gesichtspunkt der bloßen Nebenbeschäftigung angesprochen worden, der heute eine der am häufigsten erwähnten Fallgruppen bei der Frage fehlender Schutzbedürftigkeit darstellt.

Obwohl in der Folgezeit Entscheidungen des BAG zu befristeten Arbeitsverträgen mit zunehmender Häufigkeit ergingen, findet sich erst 1971 ein Urteil des BAG[339], das wieder einen Anklang an den Gedanken der Schutzbedürftigkeit aufweist. Der Ausdruck "Schutzbedürftigkeit" wird allerdings nicht verwendet. Der zweite Senat weist aber in diesem Urteil darauf hin, daß "der Arbeitnehmer typischerweise seinen wirtschaftlichen Interessen im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages nur begrenzt Geltung verschaffen"[340] kann. Diese Oberlegungen führen aber in diesem Urteil nicht dazu, die Oberprüfung von Befristungen einzuschränken, sondern dienen im Gegenteil zur Rechtfertigung des nach der Rspr. bestehenden Sachgrunderfordernisses gegenüber der Kritik von E. WOLF und VAN GELDER[341], die ein solches Erfordernis als nicht gerechtfertigt ansehen. In ähnlicher Weise hat der zweite Senat in einem Urteil von 1979[342] den Ausdruck "Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers" verwendet, um die Notwendigkeit der mit der Befristungskontrolle verbundenen Einschränkung der Vertragsfreiheit zu begründen.

---

338) Dazu näher unten C II 4 b

339) vom 4.2.71, 2 AZR 144/70, AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

340) a. a. O. (Fn. 339), Bl. 2

341) Anm. SAE 1970, 122ff.

342) BAG Urt. vom 26.4.79, 2 AZR 431/77, unter 1 b, AP Nr. 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R.

Es findet sich nur noch eine weitere höchstrichterliche Entscheidung, die eine Einschränkung der Kontrolle von Befristungen aus dem Gesichtspunkt der fehlenden Schutzbedürftigkeit betrifft. 1973 hat der zweite Senat des BAG[343] die schon zuvor, insbesondere auch durch den Großen Senat[344], anerkannte Zulässigkeit von Befristungen auf Wunsch des Arbeitnehmers damit begründet, daß sich in diesem Fall bei der Frage der Befristung gleich starke Vertragspartner gegenüberstehen und es deshalb der Hilfestellung durch das Gericht nicht bedarf[345].

Aus dieser Obersicht der BAG-Rechtsprechung zur Bedeutung der Schutzbedürftigkeit könnte man den Schluß ziehen, daß das BAG die vor dem Beschluß des Großen Senats zu dieser Frage ergangenen Urteile als überholt ansieht. Dann hätte der Gesichtspunkt der Schutzbedürftigkeit immerhin noch Bedeutung für die zutreffende dogmatische Einordnung. Beispiele: Die Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers ist nicht eine Fallgruppe der sachlichen Rechtfertigung, sondern ein Sachverhalt, auf den die für Fristverträge entwickelten einschränkenden Kriterien überhaupt nicht anzuwenden sind (dazu sogleich unter 2.). Ebenso muß man bei Befristungen durch Prozeßvergleich nicht von einem Sachgrund, sondern von fehlender Schutzbedürftigkeit sprechen (dazu 3.).

Da ein Teil der neueren Literatur auf die genannten BAG-Urteile aus den fünfziger Jahren wieder zurückgreift, um für Nebenbeschäftigungen die Erforderlichkeit eines Sachgrundes zu verneinen, untersuch ich unter 4., ob dem zu folgen ist. Ferner hat die Dissertation von SCHRÖTER aus dem Jahr 1972, in der statt sozialer Schutzbedürftigkeit der Terminus "Abhängigkeit"[346] verwendet wird, die These des BAG-Urteils

---

343) Urt. vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

344) a. a. O. (Fn. 86), unter C 3

345) a. a. O. (Fn. 343), unter 2., Bl. 2

346) Siehe insbesondere die Zusammenfassung von SCHRÖTER, S. 127f.

von 1954[347] aufgegriffen, daß Befristungen mit wirtschaftlich gut gestellten oder sehr gefragten Arbeitnehmern unbeschränkt zulässig seien, was ich unter 5. diskutiere.

Die soziale Schutzbedürftigkeit als Kriterium für die Oberprüfbarkeit von Befristungen heranzuziehen, ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn man die Schutzbedürftigkeit als bereits in der Arbeitnehmereigenschaft enthalten ansehen will[348]. Eine solche generelle Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers kann nämlich dogmatisch unterschieden werden von dem Bedürfnis für den Schutz durch bestimmte arbeitsrechtliche Normen, wie BEUTHIEN[349] ausführlich dargelegt hat.

2. Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers

a) Dogmatische Einordnung

Sozusagen seit jeher, nämlich seitdem im Beschluß des Großen Senats[350] diese Frage erstmals angesprochen wurde, besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit darüber, daß Befristungen "auf besonderen Wunsch des Arbeitnehmers" zulässig sind. Der Große Senat hat diesen Fall als Beispiel für einen ausreichenden sachlichen Grund genannt. Demgemäß wird auch von der überwiegenden Literatur die Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers zu den Sachgründen gerechnet. Die nächste, 1973 ergangene BAG-Entscheidung[351] zu dieser Frage widerspricht der Einordnung als sachlichen Grund zwar nicht ausdrücklich, benutzt sogar im Leitsatz 1 den Ausdruck "sachlich

---

347) vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG

348) Dazu BEUTHIEN, der einen "neuen Arbeitnehmerbegriff" vorschlägt, RdA 1978, 2 (6).

349) a. a. O. (Fn. 348); BEUTHIEN spricht zwar nur von der speziellen Schutzwürdigkeit in Bezug auf einzelne Sozialleistungen, meint damit aber auch den Kündigungsschutz, was sich daran zeigt, daß er die Wartefrist des § 1 I KSchG als Beispiel nennt.

350) a. a. O. (Fn. 86), unter C 3, Bl. 4R.

351) Urt. vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

rechtfertigen", begründet die Zulässigkeit der Befristung in einem solchen Fall aber damit, daß sich dann in der Befristungsfrage gleich starke Vertragspartner gegenüberstehen, so daß es der Hilfestellung durch das Gericht nicht bedarf. Bei dieser Begründung ist eine andere Terminologie als die Einordnung des eigenen Befristungswunsches als Sachgrund zweckmäßiger: Es sollten die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Kontrolle von Befristungen als nicht anwendbar angesehen werden, so daß die Frage nach einem Sachgrund sich gar nicht stellt. In diesem Sinne kritisiert auch M. WOLF in seiner Anmerkung zu diesem Urteil[352], daß das Vorliegen eines sachlichen Grundes sich aus einer Abwägung der für und gegen die Befristung sprechenden Gründe ergibt, weshalb die freie Entscheidung des Arbeitnehmers für die Befristung "im Rahmen des sachlichen Grundes als Fremdkörper" erscheint. In die gleiche Richtung gehen die Bemerkungen von OTTE[353], daß die Anführung von Befristungen auf Wunsch des Arbeitnehmers "im Zusammenhang mit der Problematik der Zulässigkeit befristeter Verträge" verfehlt erscheint, weil es hier an einem Schutzbedürftigen fehlt, und die Ansicht von RICHARDI[354], daß es sich "strenggenommen" nicht um einen Sachgrund handelt. Dem ist zuzustimmen. Wenn der Arbeitnehmer selbst die Befristung verlangt, ist es unzweckmäßig, überhaupt danach zu fragen, ob der Arbeitgeber einen hinreichenden Sachgrund für diese Befristung hatte. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen dienen nur dem Schutz des Arbeitnehmers gegenüber vom Arbeitgeber vorgegebenen Vertragsbedingungen[355]

---

352) AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter 1 b. M. WOLF leitet aus seiner Kritik allerdings die zu weit gehende Konsequenz ab, Befristungen nur darauf zu überprüfen, ob eine rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers bei Vertragsabschluß gegeben war. Dazu näher oben A II 3 c.

353) S. 102, Fn. 3

354) DB 1981, 1461 (1462), II 2d

355) Vgl. das BAG-Urteil vom 4.2.71, 2 AZR 144/70, AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2, in dem der gleiche Senat ausführt, daß der Arbeitnehmer die Vertragsbedingungen nicht beliebig aushandeln könne, sondern "typischerweise seinen wirtschaftlichen Interessen im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages nur begrenzt Geltung verschaffen" könne.

und nicht einem Schutz des Stellenbewerbers vor sich selbst. Das Sachgrunderfordernis kann deshalb bei einer auf Initiative des Arbeitnehmers erfolgten Befristung nicht bestehen. Dies kann in Kurzform charakterisiert werden, indem man von einer Ausnahme von den Befristungsgrundsätzen wegen fehlender Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers spricht[356].

Demgegenüber benutzen Rechtsprechung und Literatur überwiegend immer noch im Zusammenhang mit Befristungen auf Wunsch des Arbeitnehmers die Bezeichnung "sachlicher Grund"[357].

b) Voraussetzungen, unter denen eine Befristung auf eigenen Wunsch vorliegt

Wie schon erwähnt, besteht in Rechtsprechung und Literatur über die Zulässigkeit von Befristungen auf Wunsch des Arbeitnehmers völlige Einigkeit[358]. Etwas problematischer sind die Voraussetzungen, unter denen ein solcher Wunsch anzunehmen ist. Die Rechtsprechung hatte mehrfach Veranlassung zu der Klarstellung, daß ein solcher Fall nicht gegeben ist, wenn der Arbeitnehmer möglichst unbefristet eingestellt oder weiterbeschäftigt werden will, sich jedoch bei Vertragsab-

---

356) Ähnlich formuliert LINDER, DB 1975, 2082 (2085), unter IV 3: Bei Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers bedarf dieser nicht des Schutzes, der Bestandsschutzgedanke ist dann funktionslos.

357) BAG Urt. vom 12.8.76, 3 AZR 502/75, unter 4 a, AP Nr. 42 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; vom 15.3.78, 5 AZR 831/76, unter I 3, AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; LAG Frankfurt Urt. vom 17.1.78, 9 Sa 698/77, AuR 1979, 61. Beispiele aus der Literatur seit 1973: KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 141; SCHAUB, Handbuch § 39 I 2, S. 156, bei Fn. 6; KOCH BB 1978, 1218 (1222), unter 4.3; PLANDER/SCHMIDT, AuR 1979, 321 (324) unter F I und II; GAMILLSCHEG, Festschrift Werner Weber, 1974, S. 806; MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 35; JOBS/BADER, DB Beilage 21/1981, II 1, S. 3.

358) Außer den Nachweisen oben unter a siehe PALME, BlStSozArbR 1970, 268 (271), unter IV 2; FALKENBERG DB 1971, 430 (432), unter C I 3; M. WOLF, Anm. AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Selbst LINDER, der Befristungen grundsätzlich als unzulässig ansieht, will sie auf Wunsch des Arbeitnehmers zulassen: DB 1975, 2082 (2085), unter IV 3. Skeptisch, aber die Zulässigkeit nicht verneinend, SCHRÖTER unter 4.2.2, S. 168f.

schluß mit einem Zeitvertrag einverstanden erklärt, weil er nur die Wahl zwischen Nichteinstellung bzw. Beendigung des bisherigen (bereits befristeten) Arbeitsverhältnisses und der befristeten Einstellung oder Fortsetzung hat[359]. Dem ist zweifellos zuzustimmen[360], denn andernfalls würde sich jegliche Kontrolle von Befristungen erübrigen, weil der Arbeitnehmer jeweils durch den Vertragsabschluß seinen diesbezüglichen "Wunsch" bekundet hätte[361]. Sollte ein Arbeitgeber sich im Arbeitsvertrag per Vordruck den Befristungswunsch des Arbeitnehmers versichern lassen, könnte dies ebensowenig anerkannt werden. Bei einem tatsächlich vom Stellenbewerber ausgehenden Befristungswunsch ist dem Arbeitgeber zu empfehlen, im Arbeitsvertrag den Beweggrund des Arbeitnehmers für diesen Wunsch zu substantiieren. Selbstverständlich ist aber die Kenntnis des Arbeitgebers von den Beweggründen des Arbeitnehmers nicht Zulässigkeitsvoraussetzung einer solchen Befristung[362].

---

359) BAG Urteil vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter 3; 15.3.78, 5 AZR 831/76, unter 3., AP Nr. 45 a. a. O.; LAG Frankfurt a. a. O. (Fn. 357).

360) Ebenso PLANDER/SCHMIDT, AuR 1979, 321 (324), unter F II. Vgl. auch FALKENBERG, DB 1971, 430 (432), unter C I 3: es muß "sich tatsächlich um einen der freien Willensentschließung entsprungenen Wunsch des Arbeitnehmers" handeln. Siehe auch sogleich Fn. 361.

361) SIEGMUND-SCHULTZE, NJW 1976, 360 (361), unter 2. Auch in dem BAG-Urteil vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, und bei KR-HILLEBRECHT, § 620 BGB Rdnr. 141, sowie bei MünchKomm-SCHWERDTNER, § 620 BGB Rdnr. 35, wird ausdrücklich betont, daß allein aus der Tatsache, daß der Arbeitnehmer einen befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, nicht geschlossen werden kann, daß der Abschluß auf seinen Wunsch geschah.

362) Der Arbeitnehmer muß die Möglichkeit haben, seine Motive zu verschweigen. Man denke etwa an ein Scheidungsverfahren, das der Arbeitnehmer nicht offenbaren will, und nach dessen Abschluß er sein Arbeitsverhältnis beenden und den Wohnsitz wechseln will. Außerdem sollten die Anforderungen an die Zulässigkeit einer Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers nicht so hoch geschraubt werden, daß die Arbeitgeber vorsichtshalber auf einen solchen Wunsch gar nicht eingehen. Es darf nicht übersehen werden, daß es sich hier um ein Entgegenkommen des Arbeitgebers handelt. Die Umgehungsgefahr durch Behauptungen eines eigenen Wunsches des Arbeitnehmers mag zwar rein theoretisch groß erscheinen -

Erforderlich für einen anzuerkennenden eigenen Befristungswunsch ist, daß der Arbeitnehmer sich aus einer besonderen Interessenlage heraus nur für bestimmte Zeit binden will[363]. Beispiele aus der Rechtsprechung hierfür sind die Angestellte, die noch einige Monate vor ihrer Verheiratung Geld verdienen und sich dann ganz ihrem Haushalt widmen will[364], und der Lehramtsstudent, der vor Abschluß seines Studiums für seine Berufsentscheidung einen Einblick in die Berufspraxis eines Lehrers gewinnen möchte[365]. Ein denkbares weiteres Beispiel ist der Angestellte, der zum Zeitpunkt des Ablaufs des von ihm gewünschten Zeitvertrags eine andere Stelle antreten möchte, auf dieses Datum aber nicht ordentlich kündigen könnte, weil es sich nicht um ein Quartalsende[366] handelt[367]. Ferner kann der Umstand, daß befristete Arbeitsverträge ohne besondere Vereinbarung nicht ordentlich gekündigt werden können[368], insbesondere leitende Angestellte i. S. d. § 14 II KSchG zu einem Befristungswunsch veranlassen, weil für diese

---

siehe dazu die Kritik von SCHRÖTER an dieser Fallgruppe, unter 4.2.2., S. 168 -, aber die Rechtsprechung sieht die Problematik völlig zutreffend und war bisher nie in Gefahr, auf bloße Vorwände "hereinzufallen".

363) BAG Urt. vom 15.3.78, 5 AZR 831/76, unter 3., AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 35 m. w. N.

364) BAG (GS) a. a. O. (Fn. 86), unter C 3, Bl. 4R (obiter dictum)

365) BAG Urt. vom 12.8.76, 3 AZR 502/75, unter 4 a, AP Nr. 42 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

366) Vgl. § 622 I 1 BGB

367) PLANDER/SCHMIDT, AuR 1979, 321 (324), unter F II, nennen als denkbaren Befristungswunsch des Arbeitnehmers sogar den Fall, daß dieser "sich lediglich übergangsweise binden will, weil er schon jetzt sicher ist, danach anderweitig tätig zu werden". M. E. wird der Arbeitnehmer aber wohl kaum eine Befristung wünschen, wenn er noch keine Zusage für die von ihm beabsichtigte nachfolgende Tätigkeit hat, zumal für ihn die bei unbefristetem Arbeitsvertrag gegebene jederzeitige Möglichkeit der ordentlichen Kündigung günstiger als eine bestimmte Vertragslaufzeit ist, wenn er noch auf der Suche nach einer anderen Stellung ist und der Fristvertrag nicht die Möglichkeit einer vorzeitigen Kündigung einräumt.

368) Zum Ausschluß der Kündigung bei Fristverträgen siehe Fn. 53. Auch PALME, BlStSozArbR 1970, 268 (271), unter IV 2, weist darauf hin, daß dieser Vorteil des Zeitvertrages zu einem Befristungswunsch des Arbeitnehmers führen kann.

Gruppe ein Schutz gegenüber ordentlichen Kündigungen im unbefristeten Arbeitsverhältnis nur in Form eines Abfindungsanspruchs besteht[369]. Schüler und Studenten können bei Ferienbeschäftigungen eine Befristung wünschen, um nicht kündigen zu müssen. Ferner können auflösende Bedingungen auf Wunsch des Arbeitnehmers vereinbart werden, beispielsweise Heirat[370].

3. Durch Vergleich vereinbarte Befristung

a) Prozeßvergleich

Das BAG hat bereits 1961 entschieden, daß der Abschluß eines befristeten Vertrages stets seine sachliche Rechtfertigung in sich trägt, wenn die Befristung von den Parteien eines Kündigungsschutzprozesses in einem gerichtlichen Vergleich vereinbart worden ist[371]. Ein weiteres BAG-Urteil von 1979[372] gebraucht wörtlich die gleichen Formulierungen für die Befristung durch gerichtlichen Vergleich im Feststellungsrechtsstreit über die Zulässigkeit eines Fristvertrages. Zu Recht stimmt die Literatur grundsätzlich zu[373], soweit sie zu der Frage überhaupt Stellung nimmt. MOLITOR sieht in seiner An-

---

369) Bei den von § 14 II KSchG erfaßten Angestellten ist gemäß S. 2 der Vorschrift einem im Kündigungsschutzprozeß gestellten Auflösungsantrag des Arbeitgebers ohne Begründung des Antragstellers stattzugeben. Der Abfindungsanspruch ergibt sich aus §§ 9, 10 KSchG. Vgl. dazu unten 5 a.

370) Siehe die Nachweise unten 2. Teil B II 3, Fn. 744 a. E. Der Zulässigkeit dieser auflösenden Bedingung auf Wunsch des Arbeitnehmers steht nicht entgegen, daß die Unwirksamkeit der "Zölibatsklausel" allgemein anerkannt ist (dazu unten 2. Teil B II 2), denn dabei ist die Vereinbarung dieser Klausel auf Veranlassung des Arbeitgebers gemeint. Es liegt auf der Hand, daß eine solche Bedingung keine "Zölibatswirkung" hat, wenn die Arbeitnehmerin gerade wünscht, ab der Heirat aus dem Arbeitsverhältnis auszuscheiden.

371) Urt. vom 3.8.61, 2 AZR 117/60, unter II 4, AP Nr. 19 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 4R

372) Urt. vom 18.12.79, 2 AZR 129/78, unter III, AP Nr. 51 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3.

373) Z. B. KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 143a; siehe auch sogleich die weiteren Fußnoten.

merkung[374] zu dem erstgenannten Urteil ebenfalls einen solchen Prozeßvergleich als Sachgrund an und mahnt lediglich, die Praxis werde darauf zu achten haben, daß "nicht durch künstliche Herbeiführung einer Ungewißheit über die Dauer eines Arbeitsverhältnisses" dieser Sachgrund mißbraucht wird. Diese Befürchtung scheint sich nicht realisiert zu haben. SCHRÖTER[375] sieht dieses Urteil zumindest im Ergebnis als richtig an, weist aber darauf hin, daß es auf die Interessen der Parteien nicht eingeht, weil der erkennende Senat "darauf vertraut, daß das Gericht, vor dem der Vergleich geschlossen worden ist, dafür gesorgt hat, daß nicht eine Seite ihre soziale Machtstellung ausgenutzt hat, um den Vergleich zu erzwingen". Dies scheint in der Tat ein unausgesprochen diesen Urteilen zugrundeliegender Gedanke zu sein. Da der Prozeßvergleich unter Mitwirkung des Gerichts, meist sogar aufgrund eines Vergleichsvorschlags des Gerichts, abgeschlossen wird, kann man Arbeitgeber und Arbeitnehmer in dieser Situation als annähernd ebenbürtig ansehen, weshalb eine Schutzbedürftigkeit verneint werden kann. Entgegen den vom BAG und von MOLITOR gebrauchten Formulierungen stellt sich somit die Frage nach einem Sachgrund gar nicht, und eine Abwägung der beiderseitigen Interessen[376] ist deshalb entbehrlich.

b) Nicht gerichtlich protokollierter Vergleich

Das BAG hat in einem Urteil vom 6.3.1980[377] eine "sachliche Rechtfertigung" der betreffenden Befristung durch einen vor der gerichtlichen Auseinandersetzung geschlossenen Vergleich angenommen. In dem Urteil werden Rechtsprechung und Literatur zur Befristung durch Prozeßvergleich nicht erwähnt.

374) AP Nr. 19 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

375) S. 170f.

376) Zur Interessenabwägung bei der Frage, ob ein ausreichender Sachgrund vorliegt, siehe unten C II.

377) 6 AZR 323/78, AP Nr. 53 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Bei dem Abdruck in DB 1980, 1994, wird als Urteilsdatum der 4.3.1980 angegeben.

M. E. kann man bei einem "privat" geschlossenen Vergleich die Schutzbedürftigkeit nicht verneinen, denn die beim Prozeßvergleich maßgeblichen Argumente treffen hier nicht zu, während die von MOLITOR (oben a) angesprochene Mißbrauchsgefahr sehr viel größer ist. Es ist naheliegend, daß ein Arbeitnehmer bei Auslaufen eines befristeten Arbeitsvertrages lieber einen mit einer Vergleichsklausel versehenen neuen Fristvertrag akzeptiert, als dies auszuschlagen und mit meist ungewisser Erfolgsaussicht Klage auf Feststellung der Unzulässigkeit der Befristung und des Bestehens eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zu erheben. Folgt man dem erwähnten BAG-Urteil, so ist eine unzulässige Befristung für den Arbeitgeber kein großes Risiko, sofern er nur die Laufzeit ein halbes Jahr oder ein Jahr kürzer als eigentlich gewünscht wählt und nach Auslaufen der Befristung noch eine entsprechende vergleichsweise Verlängerung anbietet. Diesem Urteil kann deshalb nicht zugestimmt werden.

GITTER[378] kritisiert in seiner Anmerkung zu diesem Urteil zwar, daß das BAG nicht geprüft hat, ob der Vergleich einen Mißbrauch darstellt, geht jedoch in seiner Ablehnung des Urteils weniger weit, indem er ausführt, eine Gesetzesumgehung durch den Vergleichsvertrag hätte möglicherweise verneint werden können.

4. Befristetes Arbeitsverhältnis als Nebenbeschäftigung

a) Rechtsprechung

Wie bereits oben (unter 1.) ausgeführt, hat das BAG[379] 1957 die Befristung von Dozenten an Hoch- und Fachschulen deshalb als zulässig angesehen, weil es sich regelmäßig um Nebenbe-

---

378) SAE 1981, 173ff., insbes. S. 174 und S. 175 unter d.

379) Urt. vom 16.12.57, 3 AZR 92/55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, mit zust. Anm. von G. HUECK.

schäftigungen handelt, bei denen der Lehrbeauftragte auf die Vergütung nicht angewiesen ist und deshalb nach Ansicht des Gerichts "keines besonderen sozialen Schutzes bedarf."

Dieses Urteil war dem ArbG Frankfurt[380] offenbar ebenso wie das andere Dozenten betreffende höchstrichterliche Urteil[381] unbekannt, als es 1977 anläßlich des Fristvertrages eines Fachhochschuldozenten entschied, daß die Befristungsgrundsätze auf Nebentätigkeiten nicht anzuwenden sind.

Demgegenüber hat das LAG Baden-Württemberg[382] 1979 ohne Darlegung der Problematik den Gesichtspunkt der Nebentätigkeit als unerheblich angesehen. Das Gericht hat nämlich die Frage, ob die befristete Tätigkeit einer geprüften wissenschaftlichen Hilfskraft für Rechtsreferendare eine Nebenerwerbsquelle ist, dahinstehen lassen und der Klage der Arbeitnehmerin stattgegeben.

b) Literatur

Wenn man von der zustimmenden Anmerkung von G. HUECK[383] zu der zuletzt genannten BAG-Entscheidung absieht, hat WIEDEMANN in der Festschrift LANGE[384] erstmals in der Literatur Nebenbeschäftigungen betreffende Befristungen als zulässig bezeichnet. WIEDEMANN nennt als Beispiele Verkaufshilfen, Aushilfslehrer, Arbeitsgemeinschaftsleiter, Zeitungsträger und Studentenarbeit mit wenigen Wochenstunden. SCHWERDTNER[385] und HILLEBRECHT[386] haben sich diesen Ausführungen von WIEDEMANN

---

380) Urt. vom 1.3.77, 8 Ca 329/76, unter C 3 d, NJW 1978, 725

381) BAG Beschl. vom 14.6.55, 2 AZR 199/55, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1951. In diesem Urteil wird die Zulässigkeit der Befristung von Dozenten nicht mit dem Gesichtspunkt der Nebentätigkeit begründet.

382) Urt. vom 27.4.79, 5 Sa 18/79, JZ 1979, 649

383) Anm. AP Nr. 3 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten

384) S. 395 (404)

385) MünchKomm § 620 BGB Rdnr. 31

386) KR § 620 BGB Rdnr. 174f.

angeschlossen. Während WIEDEMANN in der Festschrift LANGE diese Fallgestaltung noch als Sachgrund behandelt hat - wie dies HILLEBRECHT heute noch tut[387] - haben WIEDEMANN/PALENBERG[388] später die Zulässigkeit damit begründet, daß der Zweck der Befristungsgrundsätze deren Anwendung nicht erfordert, der Arbeitnehmer also nicht schutzbedürftig ist.

OTTE[389] hat bei nebenberuflicher Tätigkeit "keine Bedenken" gegen eine Befristung[390], versteht den Begriff der Nebentätigkeit aber offenbar eng, indem er[391] die von einem Beamten im Vorbereitungsdienst (Referendar) an einer Hochschule ausgeübte Tätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft nicht als Nebentätigkeit ansieht[392]. Dem dürfte die Ansicht von KOCH[393] entsprechen, der für "eine relativ geringfügige Nebenbeschäftigung" Zulässigkeit der Befristung annimmt[394]. SCHAUB[395] will bei Nebentätigkeiten einen weniger strengen Prüfungsmaßstab anlegen, "wenn die Tätigkeit nicht zur Existenzgrundlage des Arbeitnehmers gehört[396]

---

387) a. a. O. (Fn. 386): HILLEBRECHT behandelt Nebenbeschäftigungen bei den Sachgründen.

388) RdA 1977, 85 (93), unter II 4 a

389) S. 179

390) Eine Begründung für diese Ansicht fehlt. OTTE geht offenbar davon aus, daß das Arbeitsrecht auf Nebenbeschäftigungen nicht anwendbar ist.

391) S. 180

392) Demgegenüber ist schwer zu verstehen, daß OTTE S. 180 bei Studenten, die als wissenschaftliche Hilfskraft arbeiten, eine Nebentätigkeit bejaht. OTTE scheint nicht zu berücksichtigen, daß Studenten, die mit einer solchen Tätigkeit ihr Studium finanzieren, auf den "Neben-"Verdienst sehr viel stärker angewiesen sind als etwa Referendare.

393) BB 1978, 1218 (1222).

394) Dabei bleibt allerdings offen, wie dies mit dem Ausgangspunkt von KOCH vereinbar ist, daß für die Wirksamkeit einer Befristung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein betriebsbedingter oder personenbedingter Grund i. S. d. § 1 KSchG vorhanden sein muß. Vgl. oben Fn. 390.

395) Handbuch § 39 I 2, S. 157

396) Merkwürdigerweise zitiert SCHAUB für diese Ansicht das ArbG Frankfurt, Urt. vom 1.3.77, obwohl, wie oben unter aa) ausgeführt, dieses Gericht von der schlichten Unanwendbarkeit der Befristungsgrundsätze auf derartige Fälle ausgeht.

c) Stellungnahme

aa) Dogmatische Einordnung

Sofern man eine "Sonderbehandlung" von Nebentätigkeiten für richtig hält, könnte in Betracht kommen, wegen fehlender Schutzbedürftigkeit keinen Sachgrund für die Befristung zu verlangen[397], oder Nebentätigkeiten als Fallgruppe eines sachlichen Grundes zu behandeln[398]. Da eine generelle Zulässigkeit von Befristungen bei Nebentätigkeiten sich nur mit einem geringeren oder fehlenden Schutzbedürfnis begründen läßt, ist die erstgenannte Konstruktion zutreffend.

Die Ansicht von SCHAUB ist keine dritte konstruktive Alternative. Daß bei einer Nebentätigkeit, deren Verlust für den Arbeitnehmer keine wesentliche Einbuße bedeutet, eine Befristung eher zulässig sein kann, ergibt sich nämlich schon daraus, daß das Vorliegen eines ausreichenden sachlichen Grundes im Wege einer Interessenabwägung festzustellen ist[399]. SCHAUB ist also dahingehend zu verstehen, daß Nebentätigkeiten nicht besonders zu behandeln sind, und daß allein der Umstand, daß es sich um eine Nebentätigkeit handelt, für die Zulässigkeit einer Befristung nicht ausreicht.

bb) Stellungnahme zum Gesichtspunkt der Schutzbedürftigkeit bei Nebenbeschäftigungen

Keinesfalls kann generell für Teilzeitarbeitsverhältnisse die Schutzbedürftigkeit und damit die Anwendbarkeit der Befri-

---

397) In diese Richtung gehen die Äußerungen von WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (93), unter II 4 a, und das Urteil des ArbG Frankfurt vom 1.3.77, 8 Ca 329/76, NJW 1978, 725.

398) So BAG Urteil vom 16.12.57, 3 AZR 92/55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, und WIEDEMANN, Festschr. LANGE, 1970, S. 395 (404).

399) Vgl. unten C II

stungsgrundsätze verneint werden. Insoweit ist die Formulierung des ArbG Frankfurt[400] zumindest mißverständlich, daß die Grundsätze zur Oberprüfung befristeter Arbeitsverhältnisse auf Hauptarbeitsverhältnisse zu beschränken seien. Wer von mehreren Teilzeitarbeitsverhältnissen lebt[401] (z. B. Putzfrauen) oder nur eine Teilzeitbeschäftigung zur Lebensgrundlage hat oder, wie viele Ehefrauen, durch eine Halbtagsbeschäftigung zum Unterhalt des Haushalts beiträgt, ist nicht weniger schutzbedürftig als ein Vollzeitbeschäftigter. Dies meinen auch WIEDEMANN/PALENBERG, die grundsätzlich bei Nebenbeschäftigungen ein Sachgrunderfordernis verneinen, wenn sie ausführen, daß die Anwendung des vollen arbeitsrechtlichen Schutzes gerechtfertigt sei, "wenn sich das Lebenseinkommen[402] eines Arbeitnehmers aus einer Mehrzahl von Teilzeitverträgen zusammensetzt"[403], und daß die Nebenbeschäftigung ein besonders zu behandelnder Fall der Teilzeitbeschäftigung sei, der dadurch gekennzeichnet sei, daß er nicht die Grundlage der ökonomischen Existenz des Arbeitnehmers ist[404].

---

400) a. a. O. (Fn. 397), unter C 3 d, a. E.

401) Wenn der Lebensunterhalt aus Arbeitseinkünften bestritten wird, die sich aus mehreren Teilzeitarbeitsverhältnissen ergeben, kann die Schutzbedürftigkeit auch dann nicht verneint werden, wenn jedes einzelne Arbeitsverhältnis nur einen unbedeutenden Teil der Gesamteinkünfte erbringt. Es besteht nämlich die Möglichkeit, daß mehrere dieser Befristungen nicht verlängert werden, was bei Wirtschaftskrisen durchaus praktisch werden kann.

402) Als Lebenseinkommen wird gewöhnlich die Summe der während der Lebenszeit erzielten Einkommen bezeichnet. An dieser Stelle ist jedoch offenbar das zum Lebensunterhalt erforderliche Einkommen gemeint.

403) RdA 1977, 85 (93), II 4a

404) RdA 1977, 85 (90), II 1 c, a. E. WIEDEMANN/PALENBERG zitieren aber zu Unrecht das Urteil BAG AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1951 dafür, daß das BAG die Befristung von Lehrbeauftragten wegen fehlender sozialer Schutzbedürftigkeit als zulässig angesehen habe. In diesem Urteil wird - anders als in der Entscheidung vom 16.12.57, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten - der Gesichtspunkt der Nebentätigkeit überhaupt nicht erwähnt, vielmehr sieht das Gericht die Befristung als gerechtfertigt an, weil der Bedarf jeweils nur für ein Semester vorhersehbar sei.

Die in dem oben genannten BAG-Urteil[405] vertretene Ansicht, daß für die Frage der Schutzbedürftigkeit allein auf den Regelfall abzustellen sei und "Ausnahmefälle" nicht zu berücksichtigen seien, ist abzulehnen. Wenn man eine Einzelfallprüfung der Schutzbedürftigkeit als nicht praktikabel ansieht - was realistisch sein dürfte[406] - darf man sich dieser Schwierigkeit nicht auf dem Rücken tatsächlich schutzbedürftiger Arbeitnehmer durch eine Fiktion entledigen, sondern muß völlig darauf verzichten, für Nebenbeschäftigungen eine Ausnahme vom Sachgrunderfordernis zu machen[407]. Die Schutzbedürftigkeit darf auch nicht schon dann verneint werden, wenn dem Arbeitnehmer nach Beendigung eines befristeten Teilzeitarbeitsverhältnisses noch eine andere Einnahmequelle verbleibt, die sein "Oberleben" gewährleistet, wie dies etwa bei Rechtsreferendaren der Fall ist, die an einer Universität als Nebentätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft beschäftigt sind. Die Zulässigkeitseinschränkungen für Befristungen sind nur dann verzichtbar, wenn das mit der Nebentätigkeit erzielte Einkommen gegenüber der Haupttätigkeit geringfügig ist, der Arbeitnehmer also bei Beendigung der Nebentätigkeit seinen Lebensstandard nicht nennenswert einzuschränken braucht[408].

---

405) vom 16.12.57, 3 AZR 92/55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten

406) Auch für die Frage der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Feststellung der (allgemeinen, nicht nur auf Befristungen bezogenen) Schutzbedürftigkeit in jedem Einzelfall nicht durchführbar, siehe ZÖLLNER, ArbR, § 4 III 5 e, S. 42.

407) BARWASSER, DB 1977, 1944 (1946), Fn. 26, will der hier kritisierten BAG-Entscheidung in dem Fall nicht folgen, daß ein Dozent seinen gesamten Lebensunterhalt aus dem Lehrauftragsverhältnis bestreitet.

408) Dieser Ansicht sind wohl auch WIEDEMANN/PALENBERG, a. a. O. (Fn. 403), die ausführen, daß der Verlust einer Nebenverdienstquelle "die Lebensbedingungen des Arbeitnehmers nicht oder nur unwesentlich berührt."
Die Ausführungen von KOCH, BB 1978, 1218, sind in dieser Frage nicht eindeutig. Im Sinne der hier vertretenen Auffassung ließe sich interpretieren, daß er (S. 1222, bei Fn. 100) eine "relativ geringfügige" Nebenbeschäftigung als gerechtfertigt ansieht. Andererseits führt er jedoch (S. 1222, unter 4.4) folgendes aus: "Bei wissenschaftlichen Hilfskräften ohne Abschluß (Tutoren o. ä.) dürfte eine Befristung ... aus dem Gesichtspunkt der geringen

Das LAG Baden-Württemberg[409] hat deshalb zu Recht einer als geprüfte wissenschaftliche Hilfskraft beschäftigten Rechtsreferendarin die Oberprüfung ihres Fristvertrages nicht deshalb versagt, weil diese Tätigkeit "eine Art Nebenerwerbsquelle für Rechtsreferendare sein" mag; immerhin lag bei den damals noch üblichen Arbeitsverträgen für wissenschaftliche Hilfskräfte von 50 bis 100 Stunden monatlich der aus der "Nebentätigkeit" erzielte Verdienst in der gleichen Größenordnung wie der Hauptverdienst. Andererseits werden die soeben aufgezeigten Grenzen denkbarer Einschränkungen der Befristungskontrolle bei Nebentätigkeiten nicht überschritten, indem das ArbG Frankfurt[410] in einem Fall die Anwendbarkeit des Sachgrunderfordernisses verneint, in dem ein Dozent an einer Fachhochschule im Jahr 1976 mit dieser befristeten Tätigkeit monatlich DM 403 verdiente, außerdem aber noch eine Vollzeitbeschäftigung ausübte. Obwohl das Entgelt für die Hauptbeschäftigung nicht aus dem Urteil hervorgeht, wird man davon ausgehen können, daß in diesem Fall die DM 403 ein nicht ins Gewicht fallendes Zubrot waren.

In Betracht käme also, eine Schutzbedürftigkeit bei solchen Arbeitsverhältnissen zu verneinen, die einen nur unbedeutenden Teil der Gesamteinkünfte des Arbeitnehmers erbringen, wobei sich die Gesamteinkünfte aber nicht aus mehreren solchen

---

sozialen Schutzbedürftigkeit der Tätigkeit neben dem Studium gerechtfertigt sein." Darauf, ob der Arbeitnehmer auf diese Einkünfte für seinen Lebensunterhalt angewiesen ist, will KOCH anscheinend keine Rücksicht nehmen.
In diesem Punkt steht SCHAUB, Handbuch § 39 I 2, S. 157, der hier vertretenen Auffassung näher, da er die Anforderungen an die Zulässigkeit der Befristung nur dann reduzieren will, "wenn die Tätigkeit nicht zur Existenzgrundlage des Arbeitnehmers gehört."

409) Urt. vom 27.4.79, 5 Sa 18/79, unter b, JZ 1979, 649 (650)

410) a. a. O. (Fn. 397)

Teilzeittätigkeiten ergeben dürfen. Bei den Gesamteinkünften dürften aber m. E. nur Einnahmen aus Dienstverhältnissen, also z. B. nicht Einkünfte aus Kapitalerträgen oder Vermietung und Verpachtung, berücksichtigt werden, weil andernfalls auch bei Vollzeitarbeitsverhältnissen eine Befristung wegen guter Vermögenslage des Arbeitnehmers zulässig sein könnte, was aber noch niemand in Erwägung gezogen hat.

Ein wichtiger Einwand, der auch gegen eine so eingeschränkte Ausnahme vom Sachgrunderfordernis spricht, betrifft die praktische Handhabung. Der Arbeitgeber kann bei einer Teilzeitbeschäftigung im allgemeinen nicht wissen, ob der Arbeitnehmer auf diese Einnahmen angewiesen ist, weshalb er, wenn er dessen Lebensumstände nicht rein zufällig genau kennt, vorsichtshalber von einer Anwendbarkeit der Befristungsgrundsätze ausgehen muß. Kennt er aber die wirtschaftlichen Verhältnisse mehrerer Bewerber und möchte er befristen, so wird er denjenigen einstellen, der auf die Einkünfte nicht angewiesen ist, was eine sehr unerwünschte Folge des Schutzbedürftigkeitsgedankens wäre.

Obwohl der Grundgedanke einleuchtet, daß die Befristungsgrundsätze nicht für geringfügige Nebeneinnahmen entwickelt worden sind, und daß die mit diesen Grundsätzen verbundene Einschränkung der Vertragsfreiheit deshalb in solchen Fällen problematisch erscheint, zeigen die vorstehenden Oberlegungen, daß sich auf diese Weise nur ein sehr kleiner Freiraum gewinnen ließe, der zudem durch zahlreiche Probleme erkauft würde. M. E. sollte deshalb völlig davon abgesehen werden, für in einem Arbeitsverhältnis[411)] erbrachte Nebentätigkeiten auf das Sachgrunderfordernis zu verzichten. Demnach ist auch für die Befristung von Nebentätigkeiten ein ausreichender sachlicher Grund erforderlich, wobei allerdings an die Intensität der für die Befristung sprechenden Arbeitgeberinteressen im Einzelfall geringere Anforderungen gestellt werden mögen als bei anderen Arbeitsverhältnissen.

---

411) Bei Nebentätigkeiten liegt nicht selten überhaupt kein Arbeitsverhältnis vor, vgl. oben I.

5. Befristung von "höheren oder leitenden Angestellten" und sonstigen "Arbeitnehmern, deren Arbeitskraft besonders begehrt und selten ist"

Anlaß zu den nachfolgenden Ausführungen gibt das bereits oben[412] zitierte Urteil des 2. Senats des BAG von 1954, in dem das Gericht in einem obiter dictum ausführt[413], bei Fristverträgen könne in besonderen Fällen der Grundsatz des Bestandsschutzes dem Grundsatz der Vertragsfreiheit weichen müssen, und in diesem Zusammenhang wie folgt fortfährt: "Indes ist es durchaus möglich, daß die wirtschaftliche und soziale Situation beider Teile des Arbeitsverhältnisses mehr oder weniger gleich stark ist und dann der Arbeitnehmer von seiner Vertragsfreiheit entsprechenden Gebrauch machen kann, wie dies z. B. bei höheren oder leitenden Angestellten oder sonstigen qualifizierten Arbeitnehmern, deren Arbeitskraft besonders begehrt und selten ist, häufig gegeben sein wird."

a) Leitende Angestellte

aa) Rechtsprechung

Leitende Angestellte i. S. d. § 14 II KSchG ("leitende Angestellte i. e. S.") werden von der Rechtsprechung als Arbeitnehmer angesehen[414], weshalb die Befristungsgrundsätze anwendbar sein könnten.

---

412) unter 1 (Fn. 326)

413) Urt. vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, unter 3., AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1951, Bl. 3R

414) BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB Ärzte Gehaltsansprüche m. w. N.; G. HUECK in HUECK, KSchG, § 14 Rdnr. 2. Kritisch ZÖLLNER, ArbR, § 4 III 5 a bb, a. E. Hingegen handelt es sich bei den in § 14 I KSchG genannten "Angestellten in leitender Stellung" (insbesondere Mitglieder eines vertretungsberechtigten Organs) nach allgemeiner Ansicht nicht um Arbeitnehmer, siehe G. HUECK a. a. O.

1979 hat der 2. Senat des BAG entschieden[415], daß ein Fristvertrag mit einem leitenden Angestellten jedenfalls dann eines Sachgrundes bedarf, wenn dieser bei Auslaufen des Vertrages keinen finanziellen Ausgleich erhält, der einer Abfindung nach den §§ 9, 10 KSchG zumindest gleichwertig ist. Das Gericht begründet dies damit, daß der Bestandsschutz der leitenden Angestellten nur insoweit eingeschränkt ist, als nach § 14 II KSchG der im Anschluß an eine unwirksame Kündigung gestellte Auflösungsantrag des Arbeitgebers keiner Begründung bedarf und deshalb das Arbeitsverhältnis stets aufzulösen ist, wenn der Arbeitgeber einen solchen Antrag stellt. Es besteht also ein Bestandsschutz in Gestalt der Abfindung, zu der das Gericht den Arbeitgeber nach §§ 9, 10 KSchG i. V. m. der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu verurteilen hat. Ein Fristvertrag, in dem kein finanzieller Ausgleich des Leitenden beim Ausscheiden vorgesehen ist,kann deshalb eine Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes darstellen.

Die BAG-Entscheidung von 1954[416] hat der Senat anscheinend nicht berücksichtigt, sie ist jedenfalls in dem Urteil nicht erwähnt. Die erheblich größere Bedeutung wird man auf jeden Fall dem Urteil von 1979 beimessen müssen, nicht nur, weil es das aktuellere ist, sondern auch, weil 1954 die Problematik lediglich in einem obiter dictum angerissen wurde, und ganz besonders, weil das Kündigungsschutzgesetz inzwischen eine Neufassung erfahren hat[417].

---

415) Urt. vom 26.4.79, 2 AZR 431/77, Leitsatz 1 und unter 1 c der Gründe, AP Nr. 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

416) a. a. O. (Fn. 413); siehe hierzu oben 1, bei Fn. 326.

417) Nach § 12 Buchst. c KSchG 1951 war der Kündigungsschutz dieses Gesetzes auf "leitende Personen, soweit diese zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind", nicht anwendbar, weshalb sich eine Schutzbedürftigkeit dieser Gruppe aus dem KSchG nicht ergeben konnte. Eine Schutzbedürftigkeit aufgrund anderer Schutzgesetze hat der erkennende Senat nicht geprüft.

bb) Literatur

Die in der Literatur vertretenen Ansichten reichen von unbeschränkter Zulässigkeit von Zeitverträgen mit leitenden Angestellten über differenzierende Vorschläge ähnlich dem BAG-Urteil von 1979 bis zur Ablehnung einer Sonderbehandlung für diese Gruppe.

NIKISCH[418] und MünchKomm-SCHWERDTNER[419] sehen solche Befristungen als stets zulässig an. SCHWERDTNER begründet seine Auffassung damit, daß der Zeitvertrag wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung für leitende Angestellte nicht ungünstiger sei als der gesetzliche Kündigungsschutz mit seiner Abfindungsregelung[420]. Er kritisiert das Argument der Rechtsprechung, daß eine Versorgungszusage ein Äquivalent für den Verlust des Kündigungsschutzes sein könne, mit dem Einwand, daß die Versorgungszusage aus ganz anderen Gründen als zum Ausgleich für den Verlust des Kündigungsschutzes gewährt worden sein kann.

Das BAG beruft sich in dem Urteil von 1979 auf SÄCKER[421], nach dessen Ansicht die Befristung eines leitenden Angestellten i. S. d. § 14 II 1 KSchG gerechtfertigt ist, wenn
"(1) der Arbeitgeber oder eine von ihm dotierte Versorgungseinrichtung dem Angestellten eine Pension zahlt bzw. ihm bis zum Beginn der Pensionszahlung ein Übergangsgeld gewährt, das die Höhe des Betrages erreicht, den er bei Vollendung des 65. Lebensjahres als Pension erhalten würde.
(2) der Arbeitgeber die Prämie zur Versorgungsversicherung und den Prämienanteil zur Krankenversicherung bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres bzw. bis zum Beginn der Zahlung aus der Angestelltenversicherung übernimmt und

---

418) ArbR I, § 47 II 2, S. 672
419) § 620 BGB Rdnr. 36
420) Dieses Argument stellt allerdings eine unzulässige Verengung des Blickwinkels auf das KSchG dar. Näheres unten cc.
421) RdA 1976, 91 (98f.)

(3) der Arbeitgeber den Beitragsanteil zur Angestelltenversicherung, bis die Voraussetzungen für den Bezug der Angestelltenversicherung erfüllt sind, bzw. den Prämienanteil für die befreiende Lebensversicherung bis zu deren Fälligkeit übernimmt."

SÄCKER begründet dies damit, daß Arbeitsverhältnisse dieser Gruppe keinen Bestandsschutz genießen, sondern nur ein finanzielles Ausgleichsinteresse anerkannt wird. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, unter den Voraussetzungen des § 102 V BetrVG einen gekündigten Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen, bis der Kündigungsschutzprozeß rechtskräftig entschieden ist, besteht nicht gegenüber leitenden Angestellten, da das BetrVG gemäß § 5 III dieser Regelung auf leitenden Angestellte keine Anwendung findet. Ferner - worauf auch das BAG hinweist - kann sich der Arbeitgeber, auch wenn keine die Kündigung sozial rechtfertigenden Gründe vorliegen, von einem leitenden Angestellten i. S. d. § 14 II 1 KSchG trennen, indem er im Kündigungsschutzprozeß die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung behauptet und dann, ohne daß er die Unzumutbarkeit zu beweisen braucht, unter Auflösung des Arbeitsverhältnisses verurteilt wird, dem "Leitenden" eine Abfindung zu zahlen (§§ 14 II, 9 S. 2 i. V. m. S. 1, 10 KSchG). Nach Ansicht von SÄCKER wäre es ein Widerspruch, wenn bei einem nach den allgemeinen Grundsätzen unzulässigen Fristvertrag mit einem leitenden Angestellten der Arbeitgeber diesen weiterbeschäftigen müßte, während ihn bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis keine Weiterbeschäftigungspflicht, sondern lediglich eine Abfindungspflicht treffen würde. Daraus folgert er, daß eine Befristung leitender Angestellter bereits unter den oben wiedergegebenen, die finanziellen Interessen ausreichend berücksichtigenden Voraussetzungen gerechtfertigt ist.

Diese Argumentation unterscheidet sich von derjenigen des BAG nur in zwei Punkten, und zwar zum einen darin, daß der Senat den Begriff des Bestandsschutzes in einem weiteren Sinn gebraucht und deshalb den bloßen Abfindungsanspruch darunter einordnet, und zum anderen dadurch, daß die von SÄCKER gestellten Anforderungen an die Zulässigkeit umfangreicher sind.

KR-HILLEBRECHT[422] stimmt SÄCKER grundsätzlich zu, meint aber, daß die von SÄCKER angenommenen Voraussetzungen in der Praxis nur bei älteren leitenden Angestellten erfüllt sein werden, weshalb die Befristung der Mehrzahl der leitenden Angestellten eines sachlichen Grundes bedarf.

V. HOYNINGEN-HUENE[423] und KOLLER[424] stimmen in ihren Urteilsanmerkungen dem BAG-Urteil von 1979 im Ergebnis und in der Argumentation zu. KOLLER nimmt mit sorgfältiger Begründung zu zwei bei der Entscheidung offen gebliebenen Fragen Stellung[425]. Dabei handelt es sich zum einen um die Frage des maßgeblichen Zeitpunkts[426]. Für die Angemessenheit der Abfindung soll es nach KOLLER i. d. R. ausreichen, daß diese zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als angemessen anzusehen war. Der Zeitpunkt des Ausscheidens soll nur dann maßgeblich sein, wenn infolge unvorhersehbarer Ereignisse die Abfindung beim Ausscheiden kein angemessenes Äquivalent für den Verlust des Arbeitsplatzes mehr darstellt. In diesem Ausnahmefall darf sich der Arbeitgeber auf die Befristung nur berufen, wenn er die Abfindung aufstockt. Die zweite Frage lautet, ob der Arbeitgeber einen ohne Abfindungsvereinbarung geschlossenen Fristvertrag zulässig machen kann, indem er vor Fristablauf eine angemessene Abfindung bindend anbietet. Dies wird von KOLLER bejaht, weil es dem Arbeitnehmer keinen Nachteil bringt.

Volker SCHMIDT lehnt in seiner Anmerkung zu diesem Urteil[427] eine Sonderbehandlung der leitenden Angestellten bei Zeitverträgen ab. Er begründet dies sehr ausführlich damit, daß § 14 II KSchG dem leitenden Angestellten nicht den Sonderkün-

---

422) § 620 BGB Rdnr. 101

423) Anm. SAE 1980, 345 (350f.), unter 3

424) Anm. AP Nr. 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

425) Bl. 5R und 6 der Anmerkung

426) Die Frage des maßgeblichen Zeitpunkts wirft auch Volker SCHMIDT in seiner Anmerkung zu dem Urteil auf, allerdings ohne diese Frage zu beantworten (AuR 1980, 317, 319, unter 2b cc).

427) AuR 1980, 317ff. (318f.), unter 2 und 3.

digungsschutz nimmt und auch nicht den Schutz der dem allgemeinen Kündigungsschutz zugeordneten §§ 138, 242 BGB, und daß ferner das Arbeitsgericht einem Auflösungsantrag des Arbeitgebers beim unbefristeten Arbeitsverhältnis dann nicht stattzugeben braucht, wenn die Kündigung nicht lediglich nach § 1 KSchG, sondern (auch oder nur) aus anderen Gründen unwirksam ist[428]. Desweiteren prüft er das Vorliegen eines "Verschleißtatbestandes" bei leitenden Angestellten, das er verneint.

Auch GIFT[429] und GAUL[430] sind der Ansicht, daß für die Befristung von Arbeitsverträgen leitender Angestellter stets ein sachlicher Grund erforderlich ist.

---

428) Ein weiteres Argument von Volker SCHMIDT, a. a. O. (Fn. 427) unter 2 b bb, ist nicht durchschlagend: SCHMIDT weist darauf hin, daß mehr als die Hälfte der Kündigungsschutzprozesse von nicht leitenden Angestellten durch Vergleich enden, so daß dem Arbeitnehmer auch in diesen Fällen oftmals faktisch nur eine Abfindung bleibt. Dennoch könne nicht durch vertragliche Vereinbarung einer Abfindung mit solchen Arbeitnehmern ein Sachgrund für eine Befristung geschaffen werden, weshalb eine solche Vereinbarung auch bei leitenden Angestellten nicht ausreichen könne. Diese Argumentation wäre nur dann zwingend, wenn die Erfahrung zeigen würde, daß es dem Arbeitnehmer in keinem Fall gegen den Willen des Arbeitgebers gelingt, bei sozialwidriger Kündigung den Arbeitsplatz zu behalten, denn nur dann könnte für ihn der Kündigungsschutz bei vertraglichem Abfindungsanspruch "ohne Interesse" sein. Dies behauptet SCHMIDT aber nicht.

Ferner weist SCHMIDT (S. 319, unter 2 b cc) auf einige praktische Probleme bei Anwendung der Auffassung des BAG hin. Diese Probleme sind jedoch z. T. bereits in der Urteilsanmerkung von KELLER, AP Nr. 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, gelöst worden.

429) E. GIFT, Zweifelsfragen zur Rechtsstellung der außertariflichen und leitenden Angestellten, 2. Aufl. 1978, S. 56.

430) D. GAUL, Der Arbeitsvertrag mit Führungskräften, 4. Aufl. 1978, S. 222ff., 227.

Die für leitende Angestellte geltenden Befristungsgrundsätze können auch für Chefarztdienstverträge von Bedeutung sein[431].

cc) Stellungnahme

Die Frage, ob leitende Angestellte bei einer bestimmten Ausgestaltung befristeter Arbeitsverträge sich nicht schlechter stehen als bei unbefristeter Anstellung und schon deshalb mit Zeitverträgen beschäftigt werden dürfen, ist kein Problem der sachlichen Rechtfertigung, sondern muß unter dem Gesichtspunkt der eventuell fehlenden Schutzbedürftigkeit eingeordnet werden[432].

Fehlende Schutzbedürftigkeit ist aber nicht gegeben, denn richtigerweise darf bei dieser Frage der Blickwinkel nicht auf das KSchG verengt werden[433]. Schon der Große Senat hat bei seinem dogmatischen Ansatzpunkt der objektiven Umgehung nicht nur auf das KSchG abgestellt, sondern hat ausdrücklich auch den Besonderen Kündigungsschutz, den durch Kollektivvereinbarungen geregelten Kündigungsschutz und gesetzliche

---

431) Chefärzte sind nach Ansicht des BAG i. d. R. Arbeitnehmer (BAG Urt. vom 27.7.61, 2 AZR 255/60, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Ärzte Gehaltsansprüche, m. w. N. Kritisch ZÖLLNER, ArbR, § 4 III 5 a bb, S. 39), können also leitende Angestellte i. S. d. § 14 II KSchG sein, sofern sie zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern befugt sind (Berechtigung zur Einstellung von Medizinalpraktikanten reicht aber nicht aus, BAG Urt. vom 27.7.61, a. a. O., zustimmend G. HUECK in HUECK, KSchG, § 14 Anm. 7). SIEGMUND-SCHULTE, NJW 1976, 360, unter II, vertritt die Ansicht, daß Chefarztdienstverträge grundsätzlich nicht befristet werden dürfen, sondern nur, wenn ein besonderer Sachgrund besteht. Dagegen wendet sich BIELEFELD, NJW 1976, 1139f., dessen Argumente aber nur gegen die Behauptung von SIEGMUND-SCHULTE gerichtet sind, daß unbefristete Chefarztdienstverträge üblich seien.

432) Zutreffend ist deshalb die Ausdrucksweise von MünchKomm-SCHWERDTNER, § 620 Rdnr. 36, der Zeitverträge mit leitenden Angestellten für grundsätzlich zulässig hält und dies so formuliert, daß solche Fristverträge "keines sachlichen Grundes bedürfen."

433) So auch Volker SCHMIDT in seiner Anmerkung zu BAG Urt. vom 26.4.79, AuR 1980, 317 (318), unter 2 a.

Mindestkündigungsfristen genannt[434]. Diese Regelungen zum Schutz des Arbeitnehmers werden von § 14 II KSchG nicht erfaßt und sind auch auf leitende Angestellte anwendbar[435].

Fehlende Schutzbedürftigkeit kann auch nicht etwa deshalb unterstellt werden, weil leitende Angestellte u. U. selbst eine Befristung wünschen, um eine ordentliche Kündigung des Arbeitgebers auszuschließen[436]. Vielmehr muß es der eigenen Entscheidung des einzelnen Arbeitnehmers, der ja seine persönliche Interessenlage am besten kennt, überlassen bleiben, ob er von sich aus eine Befristung - als Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers - herbeiführen will oder nicht. Wie die obigen Ausführungen zeigen, kann keinesfalls davon ausgegangen werden, daß Fristverträge für leitende Angestellte generell günstiger oder auch nur interessenmäßig indifferent sind.

Demnach könnte eine generelle Zulässigkeit der Befristung von Leitenden sich nur aus dem regelmäßigen Vorliegen eines Sachgrundes für diese Gruppe ergeben[437], d. h., die Interessen der Arbeitgeberseite müßten die oben festgestellten Interessen der Arbeitnehmer an unbefristeter Einstellung überwiegen. Ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse könnte bestehen, falls die oben (unter bb) referierte Ansicht von SÄCKER zuträfe, es bestünde ein Widerspruch zwischen einer Weiterbeschäftigungspflicht bei unzulässiger Befristung und der bloßen Abfindungs-

---

434) BAG (GS) Beschl. vom 12.10.60, GS 1/59 (3 AZR 65/56), unter C 2, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

435) Hierauf weist auch Volker SCHMIDT hin, der außer dem besonderen Kündigungsschutz auch die §§ 138, 242 BGB als dem allgemeinen Kündigungsschutz zugeordnet nennt (a. a. O. - Fn. 433 -).

436) Zu dieser Motivation leitender Angestellter vgl. Capital Oktober 1979, S. 101 (102).

437) Diese Frage wäre eigentlich im 3. Teil unter C I zu behandeln, wird aber wegen des Zusammenhangs an dieser Stelle erörtert. Am Beispiel der leitenden Angestellten zeigt sich übrigens ein Vorzug der Trennung zwischen den Gesichtspunkten der fehlenden Schutzbedürftigkeit und der sachlichen Rechtfertigung, nämlich die größere Klarheit einer Argumentation, die zwischen diesen unterschiedlichen Erwägungen unterscheidet.

pflicht bei einer aufgrund des Kündigungsschutzgesetzes unwirksamen Kündigung eines leitenden Angestellten i. S. d. § 14 II KSchG. Einen solchen Widerspruch vermag ich aber kaum zu erkennen. Wenn für die Befristung des Leitenden kein ausreichender Sachgrund besteht, kann der Arbeitgeber sich auf die Befristung nicht berufen, er muß also kündigen, wenn er die Auflösung des Arbeitsverhältnisses erreichen will. Auf diese Kündigung ist das KSchG anzuwenden, und wenn die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt ist, kann der Arbeitgeber sich nach §§ 14 II, 9 I S. 2 und 1, 10 KSchG gegen Abfindung von dem Leitenden lösen. Es kann lediglich ein faktischer Nachteil für den Arbeitgeber gegenüber einem unbefristeten Arbeitsverhältnis eintreten, falls dieser nicht mit der Unwirksamkeit der Befristung rechnet und deshalb erst nach Fristablauf kündigt, wodurch er die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zum Fristende, sondern erst zum nächstmöglichen Kündigungstermin erreichen kann (§ 9 II KSchG), während der Arbeitgeber bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis die rechtzeitige Kündigung i. d. R. nicht versäumt hätte. Dies ist jedoch nicht so schwerwiegend, daß die Abwägung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen eine Sonderstellung der leitenden Angestellten in der Weise verlangt, daß ein Sachgrund für Befristungen mit dieser Gruppe bereits unter den von SÄCKER vorgeschlagenen Voraussetzungen besteht. Gerade wegen der erleichterten Möglichkeit, sich von einem unbefristet beschäftigten Leitenden zu trennen, besteht kein ins Gewicht fallendes Interesse der Arbeitgeberseite, solche Arbeitnehmer generell befristen zu können.

Nach alledem ist eine Sonderbehandlung von leitenden Angestellten sowohl unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Schutzbedürftigkeit als auch unter dem Blickwinkel der sachlichen Rechtfertigung abzulehnen.

b) Besonders "gefragte" Arbeitnehmer

aa) Meinungsstand

Noch zu erörtern ist, ob dem BAG-Urteil von 1954[438] darin zu folgen ist, daß eine Schutzbedürftigkeit bei "qualifizierten Arbeitnehmern, deren Arbeitskraft besonders begehrt und selten ist", entfällt.

SCHRÖTER[439] knüpft an diese Entscheidung an, geht jedoch noch darüber hinaus, indem er ausführt, daß wegen fehlender "Machtabhängigkeit" des Arbeitnehmers eine Befristung außerdem dann nicht kontrolliert werden dürfe, wenn der Arbeitnehmer zur Zeit des Vertragsschlusses angemessene Arbeitsmöglichkeiten bei anderen Firmen hatte.

Ansonsten ist in Rechtsprechung und Literatur keine Stellungnahme zu dieser Frage oder auch nur Erwähnung des Problems ersichtlich, was dahingehend zu deuten sein könnte, daß diese Thesen keinen Anklang gefunden haben[440].

bb) Stellungnahme

Die oben dargelegten Auffassungen des BAG sowie von SCHRÖTER lassen sich nur verstehen, wenn man von einem zugrundeliegenden Gedanken ausgeht, daß ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer, der anderweitig eine angemessene unbefristete Beschäftigung hätte finden können, die Befristung sozusagen freiwillig auf sich genommen hat und deshalb nicht schutzbedürftig

---

438) Urt. vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, unter 3., AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1951, Bl. 3R.

439) unter 4.1.1., S. 130ff., insbes. S. 133

440) Ebenfalls naheliegend ist aber, daß das BAG-Urteil wenig gelesen worden ist, weil es in der AP nicht unter § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag abgedruckt ist. Dissertationen, die nicht bei einem Verlag erschienen sind, werden ohnehin meist nur in anderen Dissertationen oder Monografien verwertet. Trotzdem darf man dieses Problem nicht in Frieden ruhen lassen, denn es besteht jederzeit die Möglichkeit, daß das BAG-Urteil von interessierter Seite "ausgegraben" wird.

ist. Diese Oberlegung erscheint auf den ersten Blick einleuchtend. Sowohl der Gesichtspunkt der Praktikabilität als auch grundsätzliche Oberlegungen zur Vertragskontrolle führen jedoch zu einer Ablehnung dieser Thesen.

Die Arbeitsgerichte dürften oftmals überfordert sein, wenn sie die Möglichkeit einer angemessenen anderweitigen Beschäftigung prüfen sollten, denn dazu wäre eine sehr präzise Kenntnis des Arbeitsmarktes einer eng umrissenen Region für einen ganz bestimmten Beruf und einen ganz bestimmten Zeitpunkt erforderlich. Noch unangenehmer sind zahlreiche grundsätzliche Zweifelsfragen, die in der Arbeitslosenversicherung unter dem Stichwort "Zumutbarkeit" behandelt werden, wobei die Rechtslage in diesem Sozialversicherungszweig aber nicht ohne weiteres übernommen werden könnte[441].

Das Kriterium des Machtungleichgewichts, der fehlenden zumutbaren Alternative für den Arbeitnehmer als Voraussetzung für die Befristungskontrolle, ist aber auch schon im Ansatz fragwürdig. Wie ZÖLLNER[442] generell zur Vertragskontrolle aufgezeigt hat, ist die Vorstellung vom mangelnden Gleichgewicht der Vertragspartner im Regelfall eine Fiktion, weshalb ein Machtungleichgewicht für die Angemessenheitskontrolle des Vertragsinhalts nicht zu fordern ist.

6. Zusammenfassung

Befristungen unterliegen wegen fehlenden Schutzbedürfnisses des Arbeitnehmers nicht der richterlichen Kontrolle, wenn sie auf Wunsch des Arbeitnehmers oder durch Prozeßvergleich zustandegekommen sind.

---

441) M. E. müßten die Unannehmlichkeiten, die zur Beendigung von Arbeitslosigkeit zumutbar sind, erheblich über die Nachteile hinausgehen, die zur Vermeidung einer Befristung noch zugemutet werden könnten.

442) AcP 176, 230ff.

Ein Teil der Rechtsprechung und der Literatur sehen aus entsprechenden Erwägungen die Befristung bei Nebentätigkeiten als zulässig an. Dem kann allenfalls in solchen Fällen gefolgt werden, in denen die Nebenbeschäftigung nur einen unbedeutenden Teil der Gesamteinkünfte erbringt, wobei sich die Gesamteinkünfte nicht aus mehreren solchen Teilzeittätigkeiten ergeben dürfen. Besonders aus Gründen der Praktikabilität dürfte es sich aber empfehlen, auf eine Sonderbehandlung von Nebenbeschäftigungen überhaupt zu verzichten.

Nach Ansicht des BAG und eines erheblichen Teilsdes Schrifttums sind leitende Angestellte i. S. d. § 14 II KSchG nicht schutzbedürftig, wenn der befristete Arbeitsvertrag einschließlich weiterer Vereinbarungen zwischen den Parteien bestimmte inhaltliche Anforderungen erfüllt. Dem ist nicht zu folgen, und bei Leitenden ist auch nicht generell ein Sachgrund gegeben.

Auch bei besonders "gefragten" Arbeitskräften kann nicht von fehlender Schutzbedürftigkeit ausgegangen werden.

IV. Sachgrunderfordernis bei befristeten Arbeitsverhältnissen von nicht mehr als sechs Monaten Dauer

Da § 1 KSchG bei einer Dauer des Arbeitsverhältnisses von nicht mehr als sechs Monaten[443)] nicht anwendbar ist, fragt es sich, ob Fristverträge bis zu sechs Monaten uneingeschränkt, also auch ohne sachlichen Grund, zulässig sind.

---

443) Die sechsmonatige Wartezeit des § 1 KSchG bezieht sich allerdings nicht auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses bis zum Ausscheiden des Arbeitnehmers, sondern auf die Dauer bis zum Zugang der Kündigung, siehe z. B. KR-BECKER § 1 KSchG Rdnr. 50. Bei der Diskussion, ob wegen dieser Wartefrist Einschränkungen hinsichtlich des Sachgrunderfordernisses für Befristungen zu machen sind, wird im allgemeinen ohne weiteres davon ausgegangen, daß dieser Wartezeit eine Dauer befristeter Arbeitsverhältnisse bis zu sechs Monaten entspricht. Dies ist aber nicht unzweifelhaft, weil bei innerhalb der Wartezeit gekündigten unbefristeten Arbeitsverhältnissen die Kündigungsfrist

1. Rechtsprechung

Das BAG hat zu dieser Frage noch nicht ausdrücklich Stellung genommen[444], geht jedoch anscheinend davon aus, daß Fristverträge unabhängig von der Dauer der befristeten Beschäftigung der Zulässigkeitskontrolle unterliegen[445].

Das LAG Mainz[446] sieht die zu befristeten Arbeitsverträgen entwickelten Grundsätze auch dann als anwendbar an, wenn das Kündigungsschutzgesetz bei unbefristeter Anstellung nicht anwendbar wäre, da der Arbeitnehmer immerhin der Mindestkündigungsfristen verlustig geht. Demgegenüber ist das LAG Frank-

---

zu den sechs Monaten hinzukommt. KR-HILLEBRECHT, § 620 BGB Rdnr. 96 - 98, setzt sich ausführlich mit diesem Problem auseinander und spricht sich für eine fixe Sechsmonatsgrenze bei Befristungen aus, weil sonst die zulässige Dauer ohne sachlichen Grund geschlossener Fristverträge von der Zufälligkeit abhinge, welche Kündigungsfrist für das betreffende Arbeitsverhältnis gelten würde, wenn es auf unbestimmte Zeit geschlossen wäre. Dem ist m. E. zuzustimmen, und zwar vor allem deshalb, weil bei unbefristeten Arbeitsverträgen nach Ablauf von sechs Monaten Klarheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses besteht. Diese Klarheit ergibt sich bei Fristverträgen erst nach Ablauf der Befristung. Deshalb ist entscheidend, ob die Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses nicht mehr als sechs Monate beträgt. Wenn zwischen Fristverträgen von jeweils weniger als sechs Monaten Dauer zeitlich nicht erhebliche Unterbrechungen liegen, sind die Vertragslaufzeiten zu addieren: KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 99.

444) In neuerer Zeit hat es den Anschein, daß das BAG dieses Problem gar nicht sieht. Im BAG-Urteil vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, unter 3, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1951, führt der Senat aus, daß befristete Arbeitsverträge bei einer Dauer bis zu sechs Monaten im Hinblick auf das Kündigungsschutzgesetz unbedenklich sind, läßt aber ausdrücklich offen, ob der sonstige Kündigungsschutz zu einem anderen Ergebnis führt.

445) Siehe BAG Urteil vom 22.9.61, 1 AZR 36/60, AP Nr. 20 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag: Bei einer einmaligen sechsmonatigen Befristung prüft und bejaht der Senat das Vorliegen eines Sachgrundes.

446) Urt. vom 23.8.60, 1 Sa 142/60, BB 1961, 370; das Urteil hat eine mehrmonatige Probezeit zum Gegenstand, bei der das Arbeitsverhältnis mit Ablauf eines jeden Probemonats beendet sein sollte, sofern nicht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausdrücklich bestätigt wurde.

furt[447] der entgegengesetzten Auffassung, daß bei nicht dem KSchG unterliegenden Arbeitsverhältnissen eine Befristung "grundsätzlich" ohne Sachgrund zulässig sei.

In einem Urteil des ArbG München[448] wird bei sechsmonatiger Befristung eine sachliche Rechtfertigung verlangt, weil durch die Befristung die Mitwirkung des Personalrats umgangen werden konnte; ein Sachgrund für derartige Zeitverträge soll nach diesem Urteil nicht erforderlich sein, wenn kein Betriebs- oder Personalrat besteht.

2. Literatur

Auch in der Literatur finden sich nur wenige Stellungnahmen zu dieser Frage.

Teilweise werden befristete Arbeitsverhältnisse von nicht mehr als sechs Monaten als unbeschränkt zulässig angesehen. ZÖLLNER[449] und KOCH[450] begründen diese Ansicht damit, daß bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis das KSchG ohnehin nicht eingreifen würde. BARWASSER[451] räumt zwar ein, daß durch solche Fristverträge der Kündigungsschutz durch das Mutterschutzgesetz und die Beteiligung betriebsverfassungsrechtlicher Organe entfallen können, will dies jedoch bei Verträgen dieser Höchstdauer im Interesse der Vertragsfreiheit in Kauf nehmen. FALKENBERG[452] sieht solche Befristungen dann "grundsätzlich" als zulässig an, wenn der Arbeitnehmer keinen besonderen Kündigungsschutz genießt und es sich auch nicht um Kettenverträge handelt.

---

447) Urt. vom 22.1.81, 12 Sa 803/80, AuR 1982, 97

448) vom 18.12.75, 16 Ca 7520/74, BB 1976, 1608; betrifft einen befristeten Probearbeitsvertrag von sechs Monaten Dauer, der nach Ansicht des Gerichts unzulässig ist.

449) ArbR, § 21 II 3 c, S. 178

450) BB 1978, 1218 (1221)

451) DB 1977, 1944

452) DB 1971, 430 (432) unter C I 1

Demgegenüber rechnen M. WOLF[453] und MACHE[454] diese kurzen Befristungen sogar zu den "dringendsten Fällen" für eine gerichtliche Kontrolle. STAUDINGER/NEUMANN[455] verlangt einen sachlichen Grund auch dann, "wenn das allgemeine Kündigungsschutzrecht nicht eingreift (z. B. bei Beschäftigung unter 6 Monaten ...), aber die Möglichkeit eines besonderen Kündigungsschutzes während der Vertragsdauer besteht (Schwangerschaft, Kandidatur oder Wahl zum Betriebsrat, Schwerbehinderteneigenschaft)." MünchKomm-SCHWERDTNER[456] ist jedenfalls gegen eine schrankenlose Zulässigkeit bei Zeitarbeitsverhältnissen bis zu sechs Monaten, denn er will Befristungen "großzügiger zulassen" (was er nicht näher konkretisiert), wenn weder der Arbeitnehmer die Wartefrist des § 1 KSchG erfüllt hat, noch der Betrieb betriebsratsfähig ist. NIKISCH[457] hat in einem 1955 erschienenen Aufsatz die Befristungsproblematik noch völlig unter dem Gesichtspunkt der Kettenverträge behandelt und für diese eine gerichtliche Kontrolle auch außerhalb des vom Kündigungsschutzgesetz erfaßten Bereichs für erforderlich gehalten, weil Befristungen noch andere Nachteile für den Arbeitnehmer als nur den Wegfall des Kündigungsschutzes haben.

Nach KR-HILLEBRECHT ist zu differenzieren. I. d. R. sei bei einer Befristung bis zu sechs Monaten Dauer kein Sachgrund erforderlich, weil dann auch bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar wäre[458]. Solche Verträge sollen aber dann auf ihre sachliche Rechtfertigung zu überprüfen sein, wenn im konkreten Fall bei unbefristeter Beschäftigung eine andere Kündigungsschutzvorschrift

---

453) Anm. zu BAG Urt. vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, unter 1, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; KR-WOLF Grunds. Rdnr. 181ff.

454) BB 1981, 243 (246) unter VI

455) § 620 BGB Rdnr. 11

456) § 620 BGB, Fn. 37 (zu Rdnr. 16)

457) BB 1955, 197 (198), unter V

458) § 620 BGB Rdnr. 95 und 98

eingreifen würde[459], z. B. das Mutterschutzgesetz, wenn eine Arbeitnehmerin schwanger ist oder während der Vertragslaufzeit schwanger wird.

3. Stellungnahme

M. E. ist der von HILLEBRECHT vertretenen Auffassung grundsätzlich[460] zu folgen.

a) Sachgrunderfordernis nur bei "Umgehung" einer Schutzvorschrift im konkreten Fall

Der Sinn und die Rechtfertigung einer Einschränkung der Zulässigkeit von Zeitverträgen können nur darin liegen, den Arbeitnehmer vor Nachteilen zu schützen, die er durch eine Befristung erleidet. Wenn bei einem konkreten Arbeitsverhältnis die Befristung keine Nachteile für den Beschäftigten mit sich bringt, so besteht keine Veranlssung, die Befristungsabrede einer Kontrolle in Form eines Sachgrunderfordernisses zu unterwerfen.

Andererseits wäre es inkonsequent und dogmatisch nicht begründbar, befristete Arbeitsverhältnisse bis zu sechs Monaten Dauer oder in Betrieben mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern ausnahmslos ohne sachlichen Grund zuzulassen, da durch solche Befristungen zahlreiche Schutzgesetze[461] umgangen werden können. Der Auffassung von BARWASSER, daß bei ohnehin entfallendem Schutz des Kündigungsschutzgesetzes der Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit gegenüber dem besonderen und kollektiven Kündigungsschutz überwiege, vermag ich nicht zu folgen. Die außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes angesiedelten Arbeit-

---

459) KR-HILLEBRECHT, § 620 BGB Rdnr. 11, gegen STAUDINGER/NEUMANN.

460) Ich folge HILLEBRECHT insofern nicht uneingeschränkt, als m. E. sich ein Sachgrunderfordernis u. U. auch aus solchen Arbeitnehmerschutzvorschriften ergeben kann, die keine Kündigungsschutzvorschriften sind.

461) Siehe die Auflistung unten C II 1 e aa.

nehmerschutzvorschriften, die bei unbefristeter Beschäftigung unabhängig von der Dauer des Arbeitsverhältnisses anwendbar wären, haben in ihrer Gesamtheit eine ähnlich große Bedeutung wie das Kündigungsschutzgesetz. Die Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes führt deshalb keine völlig andere Situation herbei, es bleiben nicht etwa nur noch geringfügige gegen eine Befristung sprechende Arbeitnehmerinteressen, gegenüber denen die Vertragsfreiheit Vorrang hätte.

Die hier vertretene Auffassung unterscheidet sich allerdings in den praktischen Auswirkungen wenig von einem Sachgrunderfordernis für alle nicht vom Kündigungsschutzgesetz erfaßten Fälle[462]. Siehe hierzu unten b bb.

b) Bedenken und Probleme bei einer Ausnahme vom Sachgrunderfordernis

Gegen den dargelegten Rechtsstandpunkt sind zwei Bedenken möglich, die aber nicht überzeugen.

aa) Psychologische Nachteile einer Befristung

Es ließe sich einwenden, daß die Befristung - abgesehen von den soeben oben behandelten Fällen fehlender Schutzbedürftigkeit, insbesondere bei Befristungen auf Wunsch des Arbeitnehmers - immer für den Arbeitnehmer nachteilig ist, weil zumindest seine psychologische Situation schlechter ist: während bei unbefristeter Anstellung der Arbeitgeber initiativ werden muß, indem er eine Kündigung ausspricht, endet das befristete Arbeitsverhältnis infolge bloßer Untätigkeit des Arbeitgebers[463].

462) Anders KR-HILLEBRECHT, der unter Rdnr. 92 zu § 620 BGB ausführt, daß "vielfach für Befristungen kein sachlicher Grund erforderlich ist, weil nicht in den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses eingegriffen wird".

463) Ein weiterer psychologischer Nachteil von Fristverträgen für den Arbeitnehmer ist die "Disziplinierungsmöglichkeit" bzw. die (evtl. unbegründete) Befürchtung des Arbeitnehmers, daß der Arbeitgeber bei der Frage einer Vertrags-

Dieser Gesichtspunkt genügt aber m. E. nicht, um ein Sachgrunderfordernis zu begründen[464]. Wenn man nämlich - wie ich dies für richtig halte - das Sachgrunderfordernis mit einer objektiven Umgehung von gesetzlichen Schutzvorschriften begründet, so kann ein Sachgrund eben auch nur dann verlangt werden, wenn durch die Befristung das Eingreifen solcher Schutzvorschriften vermieden wird. Bloße psychologische Nachteile können also nicht ausreichen.

bb) Möglichkeit eines "rückwirkenden" Sachgrunderfordernisses wegen Schwangerschaft, Schwerbehinderteneigenschaft usw.

Auf den ersten Blick scheint zumindest bei der Beschäftigung von Frauen im gebärfähigen Alter immer eine Schutzvorschrift umgangen zu werden: Das Arbeitsverhältnis läuft bei rechtswirksamer Befristung auch dann aus, wenn die Frau schwanger ist[465] oder die Schutzfrist[466] vor oder nach der Entbindung läuft, oder wenn die Frau sich im Mutterschaftsurlaub befindet[467]. Falls man aus diesem Grund bei Frauen immer einen Sachgrund verlangen würde, müßte man zweckmäßigerweise die Befristung von Männern ebenso behandeln, um nicht einen weiteren Anlaß für die Benachteiligung von Frauen im Arbeitsle-

---

verlängerung auch "disziplinarische" Gesichtspunkte berücksichtigen könnte. Siehe hierzu unten C II 1 d aa. Dieser Gesichtspunkt spielt aber in dem hier erörterten Zusammenhang keine Rolle, denn wenn ohnehin kein Kündigungsschutz eingreift, bestünde die Disziplinierungsmöglichkeit auch im unbefristeten Arbeitsverhältnis.

464) Eine andere Frage ist, ob psychologische Nachteile bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind, mittels derer geprüft wird, ob ein (wegen Umgehung einer anderen Schutzvorschrift erforderlicher) sachlicher Grund vorliegt. Ich würde dies bejahen und habe die psychologischen Nachteile deshalb auch bei der Auflistung der Nachteile einer Befristung für den Arbeitnehmer (unten C II 1 d aa) mit aufgeführt.

465) Vgl. das Kündigungsverbot des § 9 MuSchG

466) Vgl. §§ 3 II, 6 I MuSchG

467) Vgl. § 8a MuSchG

ben zu geben[468]. Eine weitere Schutzvorschrift, die prima vista immer umgangen wird, ist der Kündigungsschutz durch das Schwerbehindertengesetz: Auch bei Einstellung unbehinderter und völlig gesunder Arbeitnehmer können diese während der Vertragslaufzeit den Schwerbehindertenstatus erwerben, z. B. infolge eines Unfalls oder einer Krebsoperation.

Jedoch wird die ganz große Mehrzahl der Arbeitnehmer während der Vertragslaufzeit weder schwanger noch schwerbehindert. Häufig ist diesen Arbeitnehmern auch keines der zahlreichen anderen Schutzgesetze, wie beispielsweise das Arbeitsplatzschutzgesetz, "entgangen", so daß die Befristung für sie in der ex-post-Betrachtung keinen Nachteil hatte. In Anbetracht dessen drängt sich die Lösungsmöglichkeit auf, das Sachgrunderfordernis nur dann anzuwenden, wenn tatsächlich irgendein solcher rechtlicher Nachteil im Laufe des befristeten Arbeitsverhältnisses eingetreten ist. Genau dies ist die Auffassung, die auch HILLEBRECHT vertritt.

Bedenken gegen diese Lösung könnten sich daraus ergeben, daß nach ganz h. M. für die Frage, ob ein sachlicher Grund vorliegt, nur auf die Umstände zur Zeit des Vertragsabschlusses abzustellen ist[469]. Ein sehr gewichtiges Argument für diese Auffassung ist die Rechtssicherheit: Der Arbeitgeber muß bei Einstellung sicher wissen, ob er die Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag nur für die vereinbarte oder aber für unbestimmte Zeit eingeht, denn davon hängt oftmals ab, ob er die Einstellung überhaupt oder gerade mit diesem konkreten Arbeitnehmer vornehmen will. Wenn demnach aus guten Gründen für die Frage, ob ein Sachgrund vorliegt, nur auf den Zeitpunkt des

---

468) Könnten nur Männer, nicht aber Frauen bei Arbeitsverhältnissen bis zu sechs Monaten Dauer oder in Betrieben mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund befristet werden, so würden aller Wahrscheinlichkeit nach in diesen Fällen Frauen nicht etwa unbefristet beschäftigt, sondern überhaupt nicht eingestellt, und dafür würden mit Männern befristete Arbeitsverträge abgeschlossen.

469) Siehe hierzu unten D I

Vertragsabschlusses abgestellt wird, so könnte man meinen, daß dann erst recht für die Frage, ob ein Sachgrund überhaupt erforderlich ist, allein dieser Zeitpunkt maßgeblich sein muß. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß zwar beim Vorliegen eines sachlichen Grundes zur Zeit des Vertragsabschlusses für den Arbeitgeber Rechtssicherheit bestehen muß, daß diese Sicherheit aber in den hier diskutierten Fällen nicht erforderlich ist. Der Arbeitgeber muß sich bei Befristungen bis zu sechs Monaten Dauer oder in Betrieben mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern darüber im Klaren sein, daß eine Entbehrlichkeit der sachlichen Rechtfertigung unter Vorbehalt steht, und daß er auf eigene Gefahr handelt, wenn er in diesen Fällen ohne sachlichen Grund befristet. Während beim Vorliegen eines Sachgrundes die Befristung oft volkswirtschaftlich erwünscht ist, weil der entsprechende Bedarf an Arbeit ansonsten nicht oder sehr viel schlechter gedeckt werden könnte, wird beim Fehlen eines Sachgrundes die Befristung lediglich hingenommen, falls sich nachträglich herausstellt, daß dem Arbeitnehmer hierdurch keine rechtlichen Nachteile entstanden sind.

Diese Ausnahme vom Sachgrunderfordernis ist insofern wenig befriedigend, als sie dem Arbeitgeber wenig nützt, während der ohne Sachgrund befristete Arbeitnehmer immerhin mit den psychologischen Nachteilen einer Befristung belastet ist. De lege ferenda mag es deshalb sinnvoll sein, das Sachgrunderfordernis auch auf diese Fälle auszudehnen. De lege lata ist die hier vertretene Ansicht die logische Folge der Einschränkung des § 620 BGB durch restriktive Auslegung unter Heranziehung von Schutzvorschriften oder durch das Rechtsinstitut einer objektiven Umgehung dieser Schutzvorschriften.

cc) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Mitteilungspflicht der Arbeitnehmer bei Mutterschutz

Ein sachlicher Grund kann nur dann wegen Schwangerschaft nachträglich erforderlich werden, wenn bei einem unbefristeten Arbeitsvertrag eine Kündigung unzulässig wäre. Dies ist nach

§ 9 I 1 MuSchG dann der Fall, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war oder innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Bei Befristungen fehlt es an dem Anknüpfungspunkt der Kündigung für die Berechnung der Frist für die Mitteilung. Auf diese Frist bei Zeitverträgen zu verzichten, ist nicht sinnvoll. Die Arbeitnehmerin könnte dann noch lange nach Auslaufen der Befristung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verlangen mit der Begründung, daß sie - was der Arbeitgeber bisher nicht wußte - bei Fristablauf schwanger gewesen sei und die Befristung deshalb unwirksam gewesen sei. Ein Sachgrunderfordernis wegen § 9 MuSchG ist deshalb nur dann anzunehmen, wenn die Schwangerschaft dem Arbeitgeber innerhalb von zwei Wochen nach Auslaufen der Befristung mitgeteilt wird[470].

dd) Obliegenheiten des Arbeitnehmers, um aufgrund des Schwerbehindertengesetzes einen Sachgrund erforderlich zu machen

Der Arbeitnehmer muß zum Zeitpunkt des Vertragsablaufs einen Bescheid i. S. d. § 3 SchwBehG mindestens beantragt haben, denn dies ist nach der Rechtsprechung auch Voraussetzung dafür, daß im unbefristeten Arbeitsverhältnis für eine Kündigung die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle erforderlich ist[471].

Bei Kündigung muß der Arbeitnehmer ferner innerhalb einer angemessenen Frist nach deren Zugang auf das beantragte oder durchgeführte Feststellungsverfahren hinweisen. Diese Obliegenheit ist nach Ansicht von HILLEBRECHT[472] in der Weise auf

---

470) So auch KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 104 - 106. HILLEBRECHT führt hierfür Praktikabilitätserwägungen an, hält es aber auch für begründbar, die Zweiwochenfrist mit der Kenntnis der Arbeitnehmerin beginnen zu lassen. Eine solche Schlechterstellung der Arbeitnehmerin gegenüber Arbeitsverträgen auf unbestimmte Zeit - die HILLEBRECHT wohlgemerkt nicht vertritt, sondern nur als möglich ansieht - wäre jedoch m. E. nicht akzeptabel.

471) Siehe KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 108f. m. N.

472) KR § 620 BGB Rdnr. 110

Befristungen zu übertragen, daß der Arbeitnehmer den Arbeitgeber schon nach Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft unterrichten muß. Wenn das Feststellungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist, müsse der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber innerhalb angemessener Frist nach Vertragsende die Einleitung des Verfahrens mitteilen.

V. Sachgrunderfordernis bei Betrieben mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern

1. Problem und Stellungnahme

§ 1 KSchG ist gemäß § 23 I 2 KSchG nicht anwendbar auf Betriebe und Verwaltungen, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden beschäftigt werden. Es besteht somit die Frage, ob bei Betrieben, auf die das KSchG ohnehin nicht anwendbar ist, auf eine sachliche Rechtfertigung von Befristungen verzichtet werden kann. Diese Frage stellt sich völlig analog dem soeben (unter IV.) behandelten Problem, ob bei einer Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses bis zu sechs Monaten wegen des ohnehin nicht anwendbaren § 1 KSchG ein Sachgrund entbehrlich ist. Sie ist m. E. auch hier für den Fall zu bejahen, daß nicht andere Arbeitnehmerschutzvorschriften durch die Befristung ausgeschaltet werden, wobei eine ex-post-Betrachtung für das konkrete Arbeitsverhältnis maßgeblich ist.

2. Rechtsprechung

In der Rechtsprechung des BAG findet sich die einzige Erwähnung dieses Problems im ersten Urteil zu Fristverträgen, in dem es heißt, daß befristete Arbeitsverträge in Betrieben mit bis zu fünf Arbeitnehmern im Hinblick auf das Kündigungsschutzgesetz unbedenklich sind, wobei der Senat aber ausdrücklich offen läßt, ob der sonstige Kündigungsschutz zu einem anderen Ergebnis führt[473].

473) BAG Urt. vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, unter 3, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1951.

3. Literatur

In der Literatur finden sich ebenfalls nur spärlich Stellungnahmen zu dieser Frage. Die Fundstellen wurden bereits oben (unter IV 2) zur Frage des Sachgrunderfordernisses bei bis zu sechs Monaten Dauer zitiert.

KOCH[474] hält bei Betrieben mit bis zu fünf Arbeitnehmern Befristungen für unbeschränkt wirksam. FALKENBERG[475] ist wohl der gleichen Ansicht, da er ausführt, daß, wer weder allgemeinen noch besonderen Kündigungsschutz genießt, "grundsätzlich"[476] eine Befristung ohne Sachgrund hinnehmen muß.

Demgegenüber sind M. WOLF[477], NIKISCH[478], MACHE[479] und STAUDINGER/NEUMANN[480] gegen eine Sonderbehandlung von Befristungen in Kleinbetrieben.

KR-HILLEBRECHT[481] vertritt auch hier die differenzierende Auffassung, daß nur dann ein Sachgrund erforderlich ist, wenn im konkreten Fall in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis eine Kündigungsschutzvorschrift, z. B. das Mutterschutzgesetz oder das Schwerbehindertengesetz, eingreifen würde.

---

474) BB 1978, 1218 (1221), bei Fn. 81

475) BB 1971, 430 (432) unter C I 1-

476) Eine Ausnahme von dem "Grundsatz" macht FALKENBERG für Kettenverträge.

477) Anm. AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter 1 a; KR-WOLF Grunds. Rdnr. 181ff.

478) BB 1955, 197 (198). NIKISCH behandelt die Problematik allerdings unter dem Gesichtspunkt des Kettenvertrags.

479) BB 1981, 243 (246), unter VI

480) § 620 BGB Rdnr. 11

481) § 620 BGB Rdnr. 11 und 95

VI. Sachgrunderfordernis bei einmaliger Befristung

Nach der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts[482] unterlagen nur sog. Kettenarbeitsverträge, also mehrere aneinandergereihte Fristverträge, einer gerichtlichen Kontrolle dahingehend, ob sie vom Arbeitgeber in der Absicht einer Umgehung des Kündigungsschutzes abgeschlossen worden waren. Demgegenüber hat das BAG von Anfang an keine Verkettung verlangt (auch keine Absicht einer Umgehung) und in mehreren Urteilen sogar ausdrücklich ausgesprochen, daß auch eine einmalige Befristung unwirksam ist, wenn sie nicht auf einem sachlichen Grund beruht[483]. Das BAG begründet dies zutreffend mit dem Bestandsschutz, den ein unbefristetes Arbeitsverhältnis genießt[484]. und der auch bei nur einmaliger Befristung umgan-

---

482) St. Rspr., beginnend mit dem Urteil vom 19.5.1928, RAGE 1, 361 = ARS 3, 3; daß das RAG nur bei Kettenverträgen eine Umgehung prüft, kommt besonders deutlich zum Ausdruck in dem Urteil vom 5.1.1938, 181/37, ARS 32, 174 (176).

483) Urt. vom 21.10.54, 2 AZR 40/53, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; Beschluß vom 12.10.60, GS 1/59 (3 AZR 65/56), unter B, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; Urteile vom 3.5.62, 2 AZR 451/61, Leitsatz 1 und unter I der Gründe, AP Nr. 23 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; 3.7.70, 2 AZR 380/69, unter 2, AP Nr. 33 a. a. O.; 26.4.79, 2 AZR 431/77, unter 1, AP 47 a. a. O.

U. a. folgende BAG-Urteile enthalten zwar keine ausdrückliche Äußerung zu dieser Frage, prüfen aber die sachliche Rechtfertigung, obwohl es sich um eine einmalige Befristung handelt: Urt. vom 5.5.61, 1 AZR 65/56, AP Nr. 17 a. a. O.; 22.9.61, 1 AZR 36/60, AP Nr. 20 a. a. O.; 28.11.63, 2 AZR 140/63, AP Nr. 26 a. a. O.; 29.7.76, 3 AZR 7/75, AP Nr. 41 a. a. O.; 21.4.77, 2 AZR 125/76, SAE 1978, 19ff.

484) Siehe die in Fn. 483 zitierten BAG-Urteile AP Nr. 1, 16, 33, 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Daß der Kündigungsschutz den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses bezweckt, ist heute ganz h. M., siehe z. B. ZÖLLNER, ArbR, § 23 I, S. 191; kritisch REUTER, in: 25 Jahre BAG, 1979, S. 405, 421.

gen werden kann. Der Bruch zwischen der Rechtsprechung des RAG und derjenigen des BAG in dieser Frage erklärt sich also daraus, daß der Bestandsschutzgedanke erst 1951 durch das Kündigungsschutzgesetz Eingang in das Arbeitsrecht gefunden hat.

Die vom BAG vertretene Auffassung ist auch in der Literatur ganz herrschend[485]. A. HUECK[486], ZÖLLNER[487] und wohl auch PALME[488] wollen allerdings bei einmaliger Befristung geringere Anforderungen an den sachlichen Grund stellen. Hierin liegt aber keine Abweichung oder Besonderheit, denn geringere Anforderungen als bei einer Verkettung ergeben sich von selbst, wenn man richtigerweise die Frage des sachlichen Grundes aufgrund einer Interessenabwägung beantwortet und auch für die Laufzeit der Einzelverträge eine sachliche Rechtfertigung

---

485) Für ein Sachgrunderfordernis auch bei nur einmaliger Befristung WOHNSEIFER S. 6ff. (mit sehr ausführlicher Begründung) und S. 91; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 93f.; A. HUECK, ArbR I, § 55 III 7, S. 538 (in seiner Anm. AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1951 hatte A. HUECK noch die Auffassung vertreten, eine einmalige Befristung unterliege nur dann der richterlichen Kontrolle, wenn sie das erste Glied einer beabsichtigten Verkettung sei); ZÖLLNER, ArbR, § 21 I 3 c, S. 178; PALME BlStSozArbR 1970, 268 (269), unter II, und BlStSozArbR 1977, 56 (57), unter IV 2 b; DAMMANN, AuR 1978, 65 (66); KOCH BB 1978, 1218 (1221); V. SCHMIDT, Anm. AuR 1980, 317 (318), unter 1; MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 15; STAHLHACKE, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl. 1977, S. 69, Rdnr. 168; GAMILLSCHEG AcP 164, 385 (392).

Gegen ein Sachgrunderfordernis bei einmaliger Befristung NIKISCH, BB 1955, 199; KROGER, NJW 1955, 1050; OSSWALD, DB 1956, 941; MOLITOR, Anm. AR-Blattei D "Mutterschutz: Entsch. 4".

Kritisch gegenüber der h. M. REUTER, Anm. JuS 1980, 688; SIEG, Anm. SAE 1978, 19.

A. HUECK bezeichnete die Frage in seiner Anm. AP Nr. 34 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag als "immer noch streitig".

486) ArbR I, § 55 III 7, S. 538f.

487) ArbR § 21 I 3 c und d, S. 178

488) BlStSozArbR 1977, 56 (57), unter IV 2 b. PALME spricht von einem "nur graduellen" Unterschied zwischen einmaliger Befristung und Kettenvertrag.

verlangt. Ohnehin ist bei der ersten Befristung nicht erkennbar, ob der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis beim Auslaufen dieses Vertrages verlängern will und dies evtl. schon bei Vertragsabschluß vorhatte, oder ob es bei diesem Fristvertrag bleiben soll.

VII. Sachgrunderfordernis bei Vereinbarung einer Befristung während eines bestehenden unbefristeten Arbeitsverhältnisses

Nahezu selbstverständlich ist, daß es keinen Unterschied macht, ob die Befristung bereits bei der Einstellung vorgenommen wird, oder ob diese im Laufe eines bereits bestehenden, zunächst unbefristeten Arbeitsverhältnisses vereinbart wird[489].

Andererseits sind Aufhebungsverträge[490], die nicht unter einer Bedingung geschlossen sind, ohne besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen, also ohne sachlichen Grund, wirksam[491]. Hieraus ergibt sich ein Abgrenzungsproblem zwischen während eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses vereinbarten Befristungen[492] und Auflösungsverträgen, die - wie meist- eine Auslauffrist vorsehen. Zu dieser Abgrenzung hat v. HOYNINGEN-HUENE[493] sich zutreffend geäußert. Ausgangspunkt der Unterscheidung ist der Zweck der Vereinbarung: Während die Beendi-

---

489) Vgl. BAG Urt. vom 3.8.61, 2 AZR 117/60, AP Nr. 19 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; 28.2.63, 2 AZR 345/62, AP Nr. 25 a. a. O.; 26.4.79, 2 AZR 431/77, AP Nr. 47 a. a. O.; ausdrücklich ausgesprochen wird dies von MünchKomm-SCHWERDTNER, § 620 BGB Rdnr. 17, und von KR-HILLEBRECHT, § 620 BGB Rdnr. 94.

490) Zum sog. vorweggenommenen Aufhebungsvertrag und zum sog. bedingten Aufhebungsvertrag siehe oben 2. Teil A II.

491) siehe z. B. SCHAUB, Handbuch, § 122 m. w. N.

492) Wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits bei Vertragsabschluß vereinbart wurde, ist m. E. in jedem Fall eine Befristung anzunehmen und ein Auflösungsvertrag zu verneinen.

493) Anm. SAE 1980, 349 (350), unter 2.

gung der Arbeitsleistung das Ziel des Aufhebungsvertrages ist, bezweckt die Befristung umgekehrt, dem Arbeitgeber die Arbeitsleistung zu sichern, wenn auch nur für die Dauer der Befristung. Demnach ist das Verhältnis zwischen bisheriger Vertragsdauer und noch vorgesehener weiterer Dauer ein mögliches Indiz für die Abgrenzung, bei der alle Umstände zu berücksichtigen sind, die für die eine oder die andere Zielsetzung der Vereinbarung sprechen[494].

VIII. Sachgrunderfordernis im öffentlichen Dienst ebenso wie bei privaten Arbeitgebern

Ebenfalls selbstverständlich ist, daß die für befristete Arbeitsverträge entwickelten Grundsätze auf den öffentlichen Dienst in gleicher Weise wie auf private Unternehmen anwendbar sind[495]. Der öffentliche Dienst ist sogar das hauptsächliche Anwendungsgebiet dieser Kriterien, da in diesem Bereich Befristungen besonders häufig sind[496].

Eine gewisse Sonderstellung der öffentlichen Arbeitgeber könnte sich allenfalls daraus ergeben, daß deren Mittel durch öffentliche Haushaltspläne vorgegeben werden. Dies führt aber keinesfalls zu einem Verzicht auf das Sachgrunderfordernis, sondern könnte allenfalls eine besondere Fallgruppe eines sachlichen Grundes begründen[497].

---

494) Der Bezeichnung als Aufhebungsvertrag oder als befristeter Arbeitsvertrag wird man allerdings nur in Ausnahmefällen (etwa Beteiligung eines Juristen der Personalabteilung beim Vertragsabschluß) eine Bedeutung beimessen können; a. A. v. HOYNINGEN-HUENE a. a. O. (Fn. 493).

495) BAG Urt. vom 5.5.61, 1 AZR 65/56, AP Nr. 17 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; 22.9.61, 1 AZR 36/60, AP Nr. 20 a. a. O.; 15.3.66, 2 AZR 211/65, AP Nr. 28 a. a. O.; WOHNSEIFER S. 77; WIEDEMANN/PALENBERG RdA 1977, 85 (86), unter I 1; DAMMANN AuR 1978, 66, unter 1.

496) So WIEDEMANN/PALENBERG RdA 1977, 85 (89), unter II; WALZ ZRP 1978, 77; KOCH BB 1978, 1218 (1222), unter 4.4; Münch-Komm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 41. Für Kettenverträge wird die größere Häufigkeit im öffentlichen Dienst behauptet von NIKISCH, ArbR I, § 47 II 4, S. 675; MOLITOR Anm. AP Nr. 3 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; PALME BlStSozArbR 1970, 268 (270).

497) Siehe unten 3. Teil C I 1 c hh zu sog. "Haushaltsgründen".

C. Präzisierung der Formel vom ausreichenden sachlichen Grund

Die Rechtsprechung hat bisher noch keine zusammenfassende Formel für die sachliche Rechtfertigung entwickelt[498]. Die Zusammenschau aller BAG-Urteile ergibt aber, daß bei der Frage, ob für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses ein ausreichender Sachgrund vorliegt, eine Interessenabwägung vorzunehmen ist, und die Oblichkeit der Befristung im Arbeitsleben sowie die Auffassung verständiger und verantwortungsbewußter Parteien zu berücksichtigen sind[499].

Die Literatur setzt sich mit diesem Problemkreis kaum auseinander und hat insbesondere auch keine eigenen Vorstellungen über die Konkretisierung des "Sachgrundes" entwickelt, wenn man von dem Versuch absieht, die Kasuistik durch Fallgruppen zu systematisieren[500], was aber gegenüber dem begrifflichen Erfassen des Sachgrundes nur ein zusätzliches Anliegen und keinen Ersatz darstellt. Hingegen ist bisher nur in der Literatur die Frage aufgeworfen worden, ob eine Befristung nur aus solchen Gründen zulässig sein kann, aus denen bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis eine Kündigung wirksam wäre.

I. Für einen Sachgrund brauchen nicht Umstände vorzuliegen, aufgrund derer bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis eine Kündigung zulässig wäre

KONZEN[501] hat erstmals die Frage aufgeworfen, ob "der sachliche Grund nicht hinter den Erfordernissen an eine Kündigung

---

498) Ähnlich MACHE, BB 1981, 243 (246), unter VI: Das BAG hat bis heute "die unbedingt notwendige Konkretisierung des 'sachlichen Grundes' allenfalls in Ansätzen vorgenommen". WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (86), unter I 1, meinen sogar, daß der Rechtsbegriff des sachlichen Grundes von der Rechtsprechung bisher nicht näher präzisiert worden sei.

499) Siehe hierzu unten II - IV

500) Dazu unten 3. Teil B

501) ZfA 1977, 501

nach dem Kündigungsschutzgesetz zurückbleiben" darf[502]. REUTER[503] versteht die Rechtsprechung des BAG dahingehend, daß "eine sachliche Rechtfertigung für Befristungsgründe, die als Kündigungsgründe nicht ausreichen würden, grundsätzlich" ausscheidet.

Wer die von KONZEN gestellte Frage bejahen will, folgt damit der Ansicht von KOCH[504], daß für Befristungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses betriebsbedingte oder personenbedingte Gründe i. S. d. § 1 KSchG vorhanden sein müssen. Für denjenigen, der die Nichtweiterbeschäftigung nach Auslaufen eines Zeitvertrages wie eine Kündigung behandeln will[505], stellt sich dieses Problem überhaupt nicht, weil nach dieser Ansicht das Kündigungsschutzgesetz ohnehin auf befristete und unbefristete Arbeitsverträge gleichermaßen anwendbar ist.

Beide Ansichten sind abzulehnen, und zwar vor allem deshalb, weil in manchen Fällen ein anzuerkennendes praktisches Bedürfnis für vom Kündigungsschutzgesetz abweichende Rechtsfolgen besteht. Die Argumente hierfür sollen nicht im einzelnen wiederholt werden, es kann auf frühere Ausführungen[506] verwiesen werden.

Daß die h. M. an den sachlichen Grund nicht die für eine Kündigung bestehenden Anforderungen stellt, zeigt sich z. B.[507] an der als Sachgrund anerkannten Fallgruppe "Altersgrenze"[508],

---

502) KONZEN a. a. O. (Fn. 501) meint dann aber andererseits, die Kategorien Kündigung und Befristung paßten "jedoch nicht nahtlos zueinander".

503) Anm. JuS 1982, 705

504) Siehe oben A II 4 b cc

505) Die Vertreter dieser Auffassung sind oben, A II 4 b, aufgeführt.

506) Näheres oben A II 4 b bb

507) Weitere Beispiele oben a. a. O. (Fn. 506)

508) Dazu unten 3. Teil C I 2 a aa, insbesondere meine Stellungnahme zu der Ansicht von OTTE unter

denn hier bestünde keine betriebs- und nach ganz h. M.[509] auch keine personenbedingte Kündigungsmöglichkeit. Zugleich ist diese Fallgruppe ein Beispiel dafür, daß ein praktisches Bedürfnis für ein Rechtsinstitut besteht, dessen Voraussetzungen nicht diejenigen einer Kündigung sind.

Eine Befristung kann also auch aus Gründen zulässig sein, die bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis nicht für eine Kündigung ausreichen würden.

II. Interessenabwägung

1. Erforderlichkeit einer Interessenabwägung bei der Prüfung eines Sachgrundes

a) Rechtsprechung

Ein Sachgrund liegt nach der Rechtsprechung des BAG nur dann vor, wenn überwiegende Interessen mindestens einer Partei für die Befristung sprechen[510]. Das Erfordernis einer Interessen-

---

509) Nach ganz h. M. ist die Erreichung eines bestimmten Lebensalters kein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund zur Kündigung i. S. d. § 1 II KSchG, siehe die Nachweise bei WOHNSEIFER, S. 60f., und bei HANAU, RdA 1976, 24 (26), unter III 1.

510) Vgl. SCHRÖTER S. 171ff. SCHRÖTER vertritt (S. 173) die Auffassung, daß das BAG, indem es die Interessenabwägung bei der Frage ansiedelt, ob ein Sachgrund vorliegt, "so daß darüber nicht nur die Funktionsgerechtigkeit entscheidet, sondern auch das Interesse der Gegenpartei", zwei Prüfungen vermische, "die, um der Klarheit und Verständlichkeit willen, besser voneinander getrennt würden." Dem ist nicht zu folgen. Die Interessenabwägung ist m. E. der richtige Ansatzpunkt für die Konkretisierung, ob in einem bestimmten Fall ein Sachgrund zu bejahen ist. Eine "Funktionsgerechtigkeit" der Befristung ist dabei kein außerhalb der Interessenabwägung stehender Gesichtspunkt, sondern führt zu einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers an der Befristung, das in die Interessenabwägung eingeht.
Auch REUTER, JuS 1978, 428 (429 am Anfang) entnimmt der Rechtsprechung, daß die Zulässigkeit von Befristungen von "dem Gewicht des Arbeitgeberinteresses einer- und des Gegengewichts des Arbeitnehmerinteresses andererseits" abhängt. Ähnlich auch KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 139.

abwägung kommt in dem Beschluß des Großen Senats[511] nur undeutlich zum Ausdruck durch die Formulierung, daß "die wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnisse der Parteien oder jedenfalls einer Partei" für die Befristung sprechen müssen.

In einem Urteil des zweiten Senats des BAG von 1962[512] ist die Bedeutung der Interessenabwägung für die Frage, ob ein Sachgrund vorliegt, am deutlichsten herausgearbeitet worden. Dort heißt es: "Es kommt darauf an, ob die Befristung gerade des in Rede stehenden Vertrages mit allen seinen Besonderheiten ... berechtigt war oder nicht. Nur bei einer solchen Betrachtung, die auch alle Interessen in Erwägung zieht und prüft, läßt sich die Frage nach dem Vorliegen sachlicher Gründe für die Befristung beantworten. ... Es ist daher notwendig, alle den Vertragsabschluß begleitenden Umstände, und zwar auch diejenigen zu berücksichtigen, die aus dem Interessenkreis des Klägers" (des Arbeitnehmers) "entspringen, ... allerdings ebenso diejenigen aus dem Interessenkreis des Beklagten. Eine auf die Interessensphäre des Beklagten beschränkte Betrachtungsweise würde weder dem ... Grundsatz von Treu und Glauben noch den sozialen Grundgedanken gerecht werden, die unser Arbeitsrecht erfüllen. Das soll freilich nicht bedeuten, daß allein um der sozialen Belange des Arbeitnehmers willen die berechtigten Interessen des Arbeitgebers beiseite geschoben werden dürfen. Aber es ist eine gerechte Abwägung notwendig, ..." Auch schon in einem bereits vor dem Beschluß des Großen Senats ergangenen Urteil des 2. Senats[513] sowie in einer späteren Entscheidung des 2. Senats[514], ferner

---

511) a. a. O. (Fn. 434); von der gleichen Formulierung wird ausgegangen in dem Urteil des BAG vom 30.9.71, unter 1, AP Nr. 36 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

512) vom 3.5.62, 2 AZR 451/61, unter III b, AP Nr. 23 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

513) BAG Urt. vom 6.10.60, 2 AZR 153/59, unter 2, AP Nr. 15 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3: "Die Befristung wäre nur dann unzulässig gewesen, wenn sie sachlich nicht gerechtfertigt wäre, d. h. wenn ein verständiger Arbeitgeber bei verantwortungsbewußter Berücksichtigung sowohl der Belange seines Betriebes als auch der des Arbeitnehmers den Arbeitsvertrag unbefristet abgeschlossen hätte."

514) BAG Urt. vom 28.2.63, 2 AZR 345/62, AP Nr. 25 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

in Urteilen des LAG Berlin[515] und des LAG Düsseldorf[516] wird sehr deutlich ausgesprochen, daß die Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers gegeneinander abzuwägen sind. Ein Urteil des 5. Senats des BAG[517] enthält immerhin die Formulierung, daß die Interessen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind - was notwendigerweise zu einer Interessenabwägung führt. In einer anderen Entscheidung des 5. Senats[518] heißt es weniger deutlich: "... ist im Einzelfall eine eingehende Prüfung der gesamten Fallumstände daraufhin erforderlich, welche Gesichtspunkte für oder gegen die Befristung sprechen." Auch M. WOLF[519] versteht die Rechtsprechung dahingehend, daß "das Vorliegen eines sachlichen Grundes in allen Fällen aufgrund einer Abwägung der für und gegen die Befristung sprechenden Gründe gewonnen wird."

Einem BAG-Urteil von 1976[520] ist zu entnehmen, daß auch die Frage der sachlichen Rechtfertigung der Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses im Wege der Interessenabwägung zu klären ist.

Erstaunlich ist, daß trotz der einschlägigen Rechtsprechung des BAG das Erfordernis einer Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches[521] keinen Ausdruck gefunden hat.

---

515) vom 21.9.76, 3 Sa 58/76, BB 1977, 697

516) vom 3.11.77, 18 Sa 169/76, DB 1977, 2380 (wegen des dogmatischen Ansatzes einer Analogie zu Kündigungsschutzvorschriften aufgehoben durch BAG-Urteil vom 29.8.79, 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag)

517) BAG Urt. vom 15.3.78, 5 AZR 831/76, unter 2 a, AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R (betrifft die zulässige Dauer eines befristeten Probearbeitsvertrages). Vgl. auch SCHRÖTER S. 172ff.

518) BAG Urt. vom 30.9.71, 5 AZR 146/71, unter 1, AP Nr. 36 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

519) Anm. AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter 1 b

520) Urt. vom 16.6.76, 2 AZR 630/74, unter II 4, AP Nr. 40 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

521) Arbeitsgesetzbuchkommission, § 10b Abs. 1a

Als gegen die Befristung sprechendes Interesse des Arbeitnehmers ist stets zu berücksichtigen, daß ihm der Kündigungsschutz entgeht. Ein solches Interesse kann sich aber auch aus Eigenheiten des Arbeitsplatzes und der auf diesem Arbeitsplatz eingesetzten Arbeitnehmergruppe ergeben. Ein denkbares Beispiel hierfür ist, daß ein Arbeitnehmer mit einer Tätigkeit betraut wird, bei der seine fachlichen Kenntnisse nachlassen, etwa wenn ein Wissenschaftler an einer Universität ausschließlich Lehrveranstaltungen für Studienanfänger durchzuführen hat[522]. Zu der Frage, ob auch solche Interessen zu berücksichtigen sind, die nur in der Person des konkreten Arbeitnehmers gegeben sind, siehe unten IV. Bei alledem sind nur berechtigte, schutzwürdige Interessen in die Abwägung einzubeziehen. Befristet der Arbeitgeber nur, um Kündigungsschutzvorschriften zu umgehen, so ist sein Interesse an dieser Umgehung nicht etwa gegen das Interesse des Arbeitnehmers an unbefristeter Beschäftigung abzuwägen[523], sondern es wird als rechtlich irrelevant überhaupt nicht in eine Abwägung einbezogen. Wenn berechtigte Interessen des Arbeitgebers eine Befristung rechtfertigen und den Arbeitgeber außerdem nicht schutzwürdige Interessen zu der Befristung bewogen haben, so ist dies unschädlich[524], da die rechtlich nicht gebilligten

---

522) Siehe WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (88), unter I 2 a und S. 94 unter III 2

523) Vgl. BÖTTICHER, SAE 1961, 130, unter IV: Der Imperativ lautet "Wähle nicht wegen des Kündigungsschutzes das befristete Arbeitsverhältnis." Ganz wörtlich zu nehmen ist das allerdings nicht, denn auch beim Vorliegen eines sachlichen Grundes ergeben sich Bedürfnis und Motiv für die Befristung gerade aus dem für unbefristete Arbeitsverhältnisse geltenden Kündigungsschutz. Entscheidendist, ob besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer die Umgehung des Kündigungsschutzes gerechtfertigt erscheint.

524) BAG Urt. vom 28.2.63, 2 AZR 345/62, AP Nr. 25 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3R, mit zustimmender Anmerkung von ZIGAN, Bl. 5, a. E. SCHRÖTER S. 175 führt die in diesem Urteil ausgesprochene Unschädlichkeit des nicht schutzwürdigen Interesses, den Schwerbehindertenschutz zu umgehen, zu Unrecht darauf zurück, daß das BAG diesen Schutz nicht als hinreichend schwerwiegendes Interesse des Arbeitnehmers angesehen habe. Zutreffend ist vielmehr, daß das nicht gebilligte Interesse des Arbeitgebers unerheblich war und es deshalb insoweit auf die Interessen des Arbeitnehmers überhaupt nicht ankam.

Motive nicht zu irgendeiner Sanktion führen, sondern lediglich außer Betracht bleiben.

b) Literatur

Äußerungen in der Literatur zu der Bedeutung der Interessenabwägung für das Merkmal des sachlichen Grundes sind spärlich.

Nach einer Urteilsanmerkung von KOLLER[525] sind die Interessen des Arbeitnehmers an der Sicherung seines Lebensstandards, bezüglich seiner personellen Bindung an Betrieb und Arbeitsplatz und an der Absicherung der betrieblichen Freiheitssphäre abzuwägen gegen das Interesse des Arbeitgebers an einem sicher zu kalkulierenden Ende des Arbeitsverhältnisses. Dabei solle den Interessen des Arbeitnehmers geringeres Gewicht als bei einem unbefristeten Arbeitsvertrag beigelegt werden, weil der Arbeitnehmer sich auf die Befristung eingelassen hat und in der Lage ist, sich langfristig auf das Ende des Arbeitsvertrages vorzubereiten.

Nach Ansicht von HILLEBRECHT[526] ist "bei der Prüfung, ob ein sachlicher Grund ... vorliegt, ... nicht ausschließlich auf die Interessenlage des Arbeitgebers abzustellen. Es müssen vielmehr auch die Interessen des Arbeitnehmers an einer unbefristeten Einstellung und dem damit verbundenen Erwerb des Kündigungsschutzes angemessen berücksichtigt werden."

BÜTTICHER hat schon in seiner Anm. zum Beschluß des Grossen Senats, SAE 1961, 130, unter IV a. E., im Sinne der hier vertretenen Auffassung ausgeführt, daß es dem Arbeitgeber nicht schadet, daß das Motiv der Vermeidung des Kündigungsschutzes mit im Spiel ist, sofern daneben andere Gründe vorgelegen haben, die für die Rechtfertigung der Befristung ausreichen.

525) Anm. AP Nr. 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 5R

526) KR § 620 BGB Rdnr. 139

JOBS/BADER sprechen davon, daß das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers angemessen zu berücksichtigen ist, wenn nur die Interessen des Arbeitgebers für die Befristung sprechen[527]. Den Terminus der Interessenabwägung verwenden diese Autoren im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls[528].

REUTER vertritt in einer Urteilsanmerkung[529] die Ansicht, "daß ein vernünftiger Anlaß für die Befristung genügen muß", um bei Befristungen i. e. S.[530] einen ausreichenden sachlichen Grund zu bejahen. Demnach wäre keine Abwägung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen vorzunehmen. REUTER begründet seine Ansicht damit, daß dies ausreiche, um eine Umgehung des Kündigungsschutzes zu vermeiden. Die Abschlußfreiheit verbiete weitergehende Einschränkungen, weil das Interesse des Arbeitnehmers sich qualitativ nicht von dem eines Arbeitsplatzbewerbers an seiner Einstellung unterscheide.

Etwas andere Formulierungen und Begründungen, die aber ebenfalls dazu führen, daß keine Interessenabwägung vorzunehmen ist, finden sich in einem späteren Aufsatz von REUTER[531]. Demnach soll eine Befristung nur dann unzulässig sein, wenn "aus der Sicht des betroffenen Arbeitnehmers ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit in Aussicht genommen worden ist", wie dies auch schon MOLITOR[532] vertreten hat. Zu diesem Ergebnis kommt REUTER, indem er abweichend von der h. M. lediglich das Willkürverbot, die "Ausschaltung der Entlassung als Disziplinierungsmittel", und nicht auch den Bestandsschutzgedanken auf die Frage der Zulässigkeit von Befristungen über-

---

527) DB Beilage 21/1981, S. 2, unter I 2, unter Hinweis auf BAG AP Nr. 23 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

528) a. a. O. (Fn. 527) unter I 2 b bei Fn. 17.

529) EzA Nr. 5 zu § 305 BGB, unter 2

530) Anders bei auflösenden Bedingungen, die REUTER ausnahmslos als unzulässig ansieht, siehe oben 2. Teil B II 1.

531) RdA 1978, 344 (350f.), unter III 2; siehe hierzu auch oben A II 5 b

532) BB 1954, 504

tragen will, weil andernfalls die Arbeitssuchenden gegenüber den bereits Beschäftigten benachteiligt würden.

SCHAUB[533] stellt nur bei auflösenden Bedingungen die Anforderung, daß die Interessen des Arbeitgebers diejenigen des Arbeitnehmers "eindeutig überwiegen" müssen.

Literatur, die lediglich die Rechtsprechung referiert, ohne einen eigenen Standpunkt zu vertreten, ist bereits oben unter a) nachgewiesen.

c) Stellungnahme

Der von der Rechtsprechung entwickelte Gedanke, daß das Vorliegen eines Sachgrundes durch eine Abwägung der beteiligten Interessen zu ermitteln sei, ist sinnvoll und zutreffend. Da auch bei der Kündigung unbefristeter Arbeitsverträge nach § 1 KSchG eine Abwägung der Interessen der Parteien stattzufinden hat, ist es nur konsequent, dies auf Zeitverträge zu übertragen.

Die Gegenargumente von REUTER sind m. E. nicht zwingend. Daß das Interesse eines befristet beschäftigten Arbeitnehmers an einem unbefristeten Arbeitsverhältnis sich qualitativ nicht von dem eines Arbeitssuchenden an seiner Einstellung unterscheide, trifft nicht zu, wenn man von dem im Kündigungsschutzrecht zum Ausdruck kommenden Bestandsschutzgedanken ausgeht. Das Argument von REUTER, daß der Bestandsschutz Arbeitssuchende benachteilige[534], kann m. E. nur de lege ferenda berücksichtigt werden, ändert aber de lege lata nichts daran, daß der gesetzliche Kündigungsschutz auch dem Bestandsschutz, nicht aber einem "Recht auf Arbeit" dient, und daß deshalb bei der Frage einer Kollision zwischen Kündigungs-

---

533) Handbuch, § 39 II 3, S. 159

534) Siehe dazu auch ZÖLLNER, Gutachten für den 52. Deutschen Juristentag, 1978, Band I, Teil D, S. 16, unter II 3.

schutzrecht und Befristungen mit Zeitvertrag beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitssuchende ungleich behandelt werden können und müssen[535]. Die später[536] von REUTER vertretene Auffassung, daß eine Befristung immer zulässig sei, wenn nicht aus der Sicht des Arbeitnehmers ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angestrebt wird, entzieht der hier zu behandelnden Frage, wie das Vorliegen eines Sachgrundes zu subsumieren und hierfür zu konkretisieren ist, von vornherein den Boden, weil nach dieser Formel von REUTER das Vorliegen eines sachlichen Grundes gar nicht zu prüfen ist[537]. Die Auseinandersetzung mit dieser Ansicht gehört in den Zusammenhang der Frage, in welcher Weise Befristungen einer Kontrolle zu unterwerfen sind, und erfolgte deshalb bereits oben unter A II 5 b.

KOLLER kann insoweit nicht gefolgt werden, als er den Interessen des Arbeitnehmers ein geringeres Gewicht als bei Kündigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses deshalb beilegen will, weil der Arbeitnehmer sich auf die Befristung eingelassen hat. Würde man dies praktizieren, so läre darin ein Anreiz zu Befristungen. Wenn man mit der ganz h. M. davon ausgeht, daß befristete Arbeitsverträge sozial weniger erwünscht sind, kann diese Privilegierung von Fristverträgen nicht richtig sein[538].

---

535) Demgegenüber ist REUTER (RdA 1978, 350) der Meinung, daß die seiner Ansicht nach hinsichtlich des Bestandsschutzes verfehlte gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes nicht auf Befristungen übertragen zu werden brauche, soweit diese Regelung sachlich nicht überzeugend erscheint. Indessen bin ich der Auffassung, daß im Wege der Analogie gesetzliche Wertungen auf - hinsichtlich der Interessenlage vergleichbare - ungeregelte Konflikte unabhängig davon zu übertragen sind, ob der Rechtsanwender selbst ebenso werten würde.

536) RdA 1978, 344 (351)

537) Vgl. auch die Anm. JuS 1978, 428, wo REUTER (S. 429) zum Erfordernis eines sachlichen Grundes kritisch Stellung bezieht.

538) Gegen die Berücksichtigung des Argumentes, daß der Arbeitnehmer sich auf die Befristung eingelassen habe, auch W. BLOMEYER, RdA 1967, 406 (409).

d) Nachteile und Vorteile einer Befristung für Arbeitnehmer und Arbeitgeber

Nachfolgend werden Nachteile und Vorteile für Arbeitnehmer und Arbeitgeber aufgeführt, die typischerweise mit Befristungen verbunden sind und an die deshalb bei der Interessenabwägung auf jeden Fall zu denken ist. Selbstverständlich sind bei der Abwägung nicht nur diese Interessen zu berücksichtigen, sondern auch weitere Gesichtspunkte, die sich nur bei bestimmten Sachgründen oder eventuell sogar nur im konkreten Einzelfall[539] ergeben. Andererseits haben die aufgeführten Interessen je nach konkretem Sachgrund und näheren Umständen unterschiedliches Gewicht oder zum Teil sogar überhaupt keine Bedeutung. Beispielsweise ist bei einem befristeten Arbeitsverhältnis von höchstens sechs Monaten Dauer[540] oder in einem Betrieb mit i. d. R. nicht mehr als fünf Arbeitnehmern[541] die Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes auf das Auslaufen von Fristverträgen kein Nachteil, weil diese Vorschrift auch dann nicht eingreifen würde, wenn der Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden wäre.

aa) Nachteile der Befristung für den Arbeitnehmer[542]

Die nachfolgende Auflistung der Nachteile für den Arbeitnehmer ist nicht nur für die Interessenabwägung im Rahmen der Sachgrundprüfung von Bedeutung, sondern kann schon bei der Frage relevant werden, ob überhaupt ein Sachgrund erforderlich ist. Dies ergibt sich daraus, daß das Sachgrunderfordernis dogmatisch aus einer objektiven Umgehung von Schutzvorschriften hergeleitet wird. In den weitaus meisten Fällen ist

539) Dazu unten 4.
540) Vgl. § 1 I KSchG
541) Vgl. § 23 I 2 KSchG
542) Vgl. die Aufstellung bei DAMMANN, AuR 1978, 68 - 70

dieser Prüfungspunkt allerdings unproblematisch, weil die Befristung das Kündigungsschutzgesetz ausschaltet.

Die Ausschaltung des KSchG und des sonstigen individualrechtlichen (z. B. Schwerbehindertengesetz, Mutterschutzgesetz) und kollektiven (Betriebsverfassungsgesetz bzw. Personalvertretungsgesetze) Kündigungsschutzes ergibt sich daraus, daß diese Vorschriften eine Kündigung voraussetzen, befristete Arbeitsverträge aber ohne Kündigung enden. Diese Normen sind deshalb bei Nichtverlängerung einer abgelaufenen zulässigen Befristung nicht anwendbar[543]. Diese und weitere Nachteile einer Befristung werden nachfolgend aufgeführt.

Zunächst entgeht dem Arbeitnehmer der Kündigungsschutz nach § 1 KSchG. Unbefristete Arbeitsverhältnisse, die länger als sechs Monate bestehen, können in Betrieben und Verwaltungen mit i. d. R. mehr als fünf Arbeitnehmern[544] nur aus personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Gründen gekündigt werden. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozeß der Arbeigeber, während beim Streit über die Rechtmäßigkeit einer Befristung diese Lasten nach der Rechtsprechung - wenn auch unter Widerspruch der ganz h. L. - grundsätzlich den Arbeitnehmer treffen[545].

Befristet beschäftigte Mitglieder von Betriebs- und Personalräten, Seebetriebsräten, Bordvertretungen, Jugendvertretungen, Wahlvorständen sowie Wahlbewerber mit Fristvertrag genießen nicht den Schutz des § 15 KSchG[546]. Falls das befristete Ar-

---

543) Mit Ausnahme der Befürworter einer unmittelbaren oder analogen Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes und anderer Schutzvorschriften auf Befristungen (siehe dazu oben A II 4) ist dies allgemeine Meinung. Aus der Rechtsprechung siehe z. B. BAG Urt. vom 12.5.55, 2 AZR 23/54, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, BAG Beschl. vom 12.10.60, GS 1/59 (3 AZR 65/56), AP Nr. 16 a. a. O., BAG Urt. vom 8.3.62, 2 AZR 497/61, AP Nr. 22 a. a. O., unter III.

544) § 23 I 2 KSchG. Auszubildende sind nicht mitzuzählen.

545) Siehe Fn. 57

546) G. HUECK in HUECK, KSchG, § 15 Rdnr. 26; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 111.

beitsverhältnis ein Berufsausbildungsverhältnis ist, und der Auszubildende Mitglied der Jugendvertretung, des Betriebsrates, der Bordvertretung oder des Seebetriebsrats ist, wird dieses Defizit allerdings durch § 78a BetrVG ausgeglichen: Verlangt der Auszubildende innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich die Weiterbeschäftigung, so gilt im Anschluß an den Zeitvertrag ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet[547].

Frauen entgeht der Kündigungsschutz nach dem Mutterschutzgesetz, wenn das Auslaufen des Zeitvertrages in die Schutzfrist fällt[548]. Gemäß § 9 I MuSchG ist eine Kündigung während der Dauer der Schwangerschaft und bis zum Ablauf des vierten Monats nach der Entbindung unzulässig, wenn der Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung von der Schwangerschaft beziehungsweise Entbindung weiß oder ihm dies innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Bei Mutterschaftsurlaub besteht das Kündigungsverbot nach §§ 9a, 8a I 1 MuSchG bis zum Ablauf von acht Monaten nach der Entbindung.

---

547) Näheres in § 78a BetrVG

548) Dies ergibt sich wiederum daraus, daß § 9 MuSchG an eine Kündigung anknüpft, siehe BAG Urt. vom 21.12.57, 2 AZR 61/55, AP Nr. 5 zu § 4 TVG mit zust. Anm. von G. HUECK (m. w. N. unter 1); BAG Beschluß vom 12.10.60, a. a. O. (Fn. 543), unter D 2; BAG Urt. vom 22.9.61, 1 AZR 36/60, AP Nr. 20 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Dies gilt auch bei befristeten Probearbeitsverhältnissen (BAG Urt. vom 21.12.57, a. a. O., und LAG Niedersachsen, Urt. vom 9.3.77, 3 (7) Sa 222/76, n. v.), es sei denn, daß die Obernahme in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit nur wegen der Schwangerschaft abgelehnt wird (siehe BAG in Fn. 48). Die Literatur folgt fast ausnahmslos der Rechtsprechung. Allerdings vertritt DAMMANN (AuR 1978, 65 (69), unter IV 1 c) die Ansicht, daß nach Sinn und Zweck des MuSchG der Fristablauf einer Kündigung gleichstehe und die Befristung unwirksam sei, wenn eine Kündigung zur Zeit des Fristablaufs unzulässig wäre. M. E. schießt eine Umwandlung eines zulässigen befristeten Arbeitsverhältnisses in ein unbefristetes aus Gründen des Mutterschutzes auf jeden Fall über das Ziel hinaus. In Betracht kommen könnte allenfalls eine Verlängerung der Vertragslaufzeit, die aber auch in manchen Fällen sehr problematisch wäre.
Zu der Frage unter welchen Voraussetzungen im unbefristeten Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen eine Ausnahme vom Kündigungsverbot möglich ist, siehe Fn. 949.

Auch der besondere Kündigungsschutz nach dem Schwerbehindertengesetz ist auf das Auslaufen von Fristverträgen nicht anwendbar[549]. Nach § 12 SchwbG bedarf die Kündigung eines Schwerbehinderten durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle[550]. Dies gilt allerdings gemäß § 17 III SchwbG u. a. dann nicht, wenn der Schwerbehinderte ausdrücklich nur zur vorübergehenden Aushilfe, auf Probe oder für einen vorübergehenden Zweck eingestellt worden ist und das Arbeitsverhältnis nicht über sechs Monate hinaus fortbesteht.

Gemäß § 2 I Arbeitsplatzschutzgesetz darf der Arbeitgeber ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von der Zustellung des Einberufungsbescheides bis zur Beendigung des Grundwehrdienstes nicht kündigen, und nach § 1 I ArbPlSchG ruht das Arbeitsverhältnis während des Grundwehrdienstes oder einer Wehrübung. Demgegenüber ist in § 1 IV ArbPlSchG ausdrücklich ausgesprochen, daß ein befristetes Arbeitsverhältnis durch Einberufung zum Grundwehrdienst oder zu einer Wehrübung nicht verlängert wird. Unzulässig ist allerdings eine Befristung, die wegen des Wehrdienstes vorgenommen wird, da sie eine nicht gerechtfertigte Umgehung des ArbPlSchG darstellt[551].

---

549) BAG Urt. vom 28.2.63, 2 AZR 345/62, AP Nr. 25 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Befristete Arbeitsverträge mit Schwerbehinderten sind mit den gleichen Einschränkungen wie bei Nichtbehinderten zulässig. Siehe hierzu (noch zum früheren Schwerbeschädigtengesetz) SCHACKER, Der Abschluß befristeter Arbeitsverträge mit Schwerbeschädigten, DB 1964, 112f., m. w. N.

550) Nach der Rechtsprechung des BAG besteht dieses Erfordernis allerdings nur dann, wenn der Arbeitnehmer zur Zeit der Kündigung zumindest schon einen Antrag auf Erteilung eines Bescheides i. S. d. § 3 SchwBehG gestellt hat und der Arbeitnehmer innerhalb angemessener Frist nach der Kündigung den Arbeitgeber auf dieses beantragte oder durchgeführte Feststellungsverfahren hingewiesen hat. Siehe hierzu KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 108 m. w. N.

551) KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 113; KOCH BB 1978, 1221; a. A. GROTHEER S. 80.

Durch eine Vertragslaufzeit, die kürzer als die gesetzliche Mindestkündigungsfrist ist, wird auch dieser Bestandteil tangiert. Eine Umgehung der Mindestfrist kann auch durch auflösend bedingte Arbeitsverträge eintreten[552], sofern man diese überhaupt - mit der h. M. - als zulässig ansieht. Die Mindestkündigungsfrist beträgt nach § 622 I 2 BGB für Angestellte einen Monat zum Schluß des Kalendermonats, und nach § 622 II BGB bei Arbeitern zwei Wochen. Eine einzelvertragliche Abkürzung dieser Fristen ist nach Abs. 4 bei Aushilfsarbeitsverhältnissen i. S. dieser Vorschrift möglich. Hinsichtlich der ab gewisser Dauer des Arbeitsverhältnisses geltenden längeren Kündigungsfristen (§ 2 Angestelltenkündigungsschutzgesetz, § 622 II 2 BGB) kommt eine Benachteiligung des Arbeitnehmers durch Befristungen nur dann in Betracht, wenn die Befristung sich an ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit dem gleichen Arbeitgeber anschließt. Dieser Fall ist selten, da ein Arbeitnehmer i. d. R. die relativ gesicherte Position eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Dauer nicht für einen Fristvertrag mit dem gleichen Arbeitgeber aufgibt. Bei Befristungen mit längerer Laufzeit als die Mindestkündigungsfristen ist das Entfallen dieser Fristen dann für den Arbeitnehmer von Nachteil, wenn er zu Unrecht mit einer Vertragsverlängerung rechnet und die Nichtverlängerung ihm erst zu einem Zeitpunkt mitgeteilt wird, zu dem im unbefristeten Arbeitsverhältnis eine Kündigung zu dem Termin des Fristablaufs nicht mehr möglich wäre.

Eine andere Benachteiligung liegt darin, daß beim gleichzeitigen Auslaufen zahlreicher befristeter Arbeitsverhältnisse eine Anzeigepflicht und eine Entlassungssperre nach den für Massenentlassungen geltenden §§ 17, 18 KSchG nicht gegeben bzw. nicht möglich sind.

---

552) Dies gilt auch dann, wenn man das Rechtsinstitut der Schonzeit auch auf auflösende Bedingungen anwendet (siehe hierzu unten 2. Teil C II und I 2). Eine Schonzeit setzt nämlich u. a. voraus, daß sie dem Arbeitgeber zumutbar ist.

In Betracht kommt auch eine Umgehung tariflicher Kündigungsbestimmungen[553], z. B. hinsichtlich Kündigungsfristen, Auswahlkriterien für eine Kündigung, Ausschluß der ordentlichen Kündigung ab bestimmter Beschäftigungsdauer oder/und bestimmtem Lebensalter[554].

Auch der kollektive Kündigungsschutz entfällt beim Auslaufen eines Zeitvertrages[555]. Es handelt sich um das Anhörungs- und Widerspruchsrecht des Betriebsrats bei ordentlichen Kündigungen nach § 102 BetrVG, bzw. das Mitwirkungs- und Einwendungsrecht des Personalrats bei ordentlichen Kündigungen (bei Bundesbehörden § 79 Bundespersonalvertretungsgesetz; unmittelbar für die Länderbehörden geltend § 108 II BPersVG, vgl. ferner für die Landes- und Gemeindebehörden die Landespersonalvertretungsgesetze)[556]. KOCH[557] und HILLEBRECHT[558] ver-

---

553) Auch KR-HILLEBRECHT (§ 620 BGB Rdnr. 120f.) geht davon aus, daß eine Umgehung nicht nur des gesetzlichen, sondern auch des tariflichen Bestandsschutzes in Betracht kommt und ein Sachgrunderfordernis begründen kann. Ebenso das BAG, siehe Fn. 554.

554) Das BAG hat im Urteil vom 12.5.55 (2 AZR 23/54, unter II, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R) ausdrücklich ausgesprochen, daß eine Befristungskontrolle auch dann zu erfolgen hat, wenn die Befristung dem Arbeitnehmer nicht den Schutz des KSchG, sondern lediglich einen tariflichen Ausschluß der Kündbarkeit entzieht. Dies wird i. d. R. nur dann praktische Bedeutung haben, wenn der Arbeitnehmer schon vor der Befristung beim gleichen Arbeitgeber beschäftigt war.

555) Vgl. BAG Urt. vom 8.3.62, 2 AZR 497/61, AP Nr. 22 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter III: "Die Frage, ob dem Kl. ohne Anhörung des Personalrats wirksam gekündigt werden konnte, stellt sich überhaupt nicht, da das Beschäftigungsverhältnis zwischen den Parteien bereits ohne Kündigung sein Ende fand."

556) DAMMANN, AuR 1978, 65 (69), unter IV 1 b, nennt auch § 103 BetrVG (Zustimmungserfordernis bei außerordentlicher Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrats, der Jugendvertretung, der Bordvertretung und des Seebetriebsrats, des Wahlvorstands sowie von Wahlbewerbern) als bei Beendigung befristeter Arbeitsverhältnisse durch Zeitablauf entfallendes Recht. Richtigerweise kann diese Vorschrift aber nicht in eine Aufzählung der Nachteile befristeter Arbeitsverträge einbezogen werden, denn dem Zeitablauf bei Fristverträgen entspricht bei Arbeitsverhältnissen von unbestimmter Dauer die ordentliche und nicht die außerordentliche Kündigung. Soll ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer außerordentlich gekündigt

neinen allerdings eine Umgehung dieser Vorschriften durch Befristungen. KOCH begründet dies damit, daß es sich nicht um individualarbeitsrechtliche Kündigungsvorschriften handele. HILLEBRECHT hält dem zu Recht entgegen, daß dieses Argument zu formal ist, weil der kollektive Schutz eng mit dem Individualschutz verknüpft ist[559]. HILLEBRECHT sieht es jedoch als ausreichend an, daß der Betriebsrat bei der Einstellung Bedenken geltend machen kann. Dem ist entgegenzuhalten, daß hierin zwar ein Äquivalent für die Anhörung des Betriebsrats bei einer Kündigung liegt, nicht jedoch für das Widerspruchsrecht des Betriebsrats nach § 102 III BetrVG. Deshalb kann die Einschaltung des Betriebsrats bei der Einstellung nur dann als gleichwertig angesehen werden, wenn man entgegen der Rechtsprechung des BAG dem Betriebsrat das Recht gibt, die Zustimmung zur Einstellung wegen fehlender sachlicher Rechtfertigung der Befristung zu verweigern[560]. Von einer Umgehung des kollektiven Kündigungsschutzes gehen auch GROTHEER[561] und KR-WOLF[562] aus. Die praktische Bedeutung dieser Streitfrage ist allerdings nicht groß. Bei der Interessenabwägung ist dieser Nachteil m. E. unabhängig davon zu berücksichtigen, ob man diese Vorschriften zum Kündigungsschutz rechnet. Somit hängt von dieser Frage nur ab, ob in Betrieben oder Verwaltungen mit Betriebs- oder Personalrat stets, auch bei Befristungen von nicht mehr als sechs Monaten Dauer, ein Sachgrund erforderlich ist.

---

werden - was ohne weiteres ebenso wie bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis möglich ist -, so ist § 103 BetrVG selbstverständlich ebenso anzuwenden wie bei fristloser Kündigung eines auf unbestimmte Dauer geschlossenen Arbeitsverhältnisses.

557) BB 1978, 1221

558) KR § 620 BGB Rdnr. 114 - 116

559) § 620 BGB Rdnr. 115, m. N.

560) Siehe hierzu Fn. 50

561) S. 68ff.

562) Grunds. Rdnr. 181f.

Eine Benachteiligung hinsichtlich des Urlaubs könnte sich ergeben, wenn zwischen mehreren aufeinanderfolgenden Fristverträgen jeweils eine Unterbrechung besteht, jeder einzelne Vertrag unterhalb der Wartezeit (nach § 4 BUrlG sechs Monate) liegt und ein Teilurlaubsanspruch nach § 5 I b BUrlG durch Tarifvertrag[563] ausgeschlossen ist. Trotz Bedenken hinsichtlich der Rechtssicherheit dürfte aber der Ansicht von RICHARDI[564] zu folgen sein, daß bei aufeinander folgenden, aber nicht unmittelbar aneinander anschließenden Befristungen auf den Zweck der Wartezeit abzustellen sei, daß vor Entstehen eines Urlaubsanspruchs Arbeit geleistet werden soll, von der der Arbeitnehmer sich erholen muß; demnach hindern kürzere Unterbrechungen nicht die Erfüllung der Wartezeit[565]. Dieses Problem entfällt aber überhaupt, falls das BAG bei seiner in einem Urteil von 1976[566] vertretenen Auffassung bleibt, daß in einem derartigen Fall einer auf Dauer angelegten, aber nur einen Teil der Arbeitskraft beanspruchenden Tätigkeit nur ein unbefristetes Teilzeitarbeitsverhältnis in Betracht kommt.

Durch ständige sehr kurze Befristungen kann dem Arbeitnehmer auch ein Lohnanspruch für Feiertage (§ 1 Feiertagslohnzahlungsgesetz) verloren gehen. KR-HILLEBRECHT[567] will allerdings nur solche Nachteile für den Arbeitnehmer berücksichtigen, die den Bestandsschutz betreffen, also nicht den Lohnanspruch und den Urlaub. M. E. besteht keine Veranlassung dafür, insoweit

---

563) Die Tarifdispositivität ergibt sich aus § 13 I BUrlG

564) Anm. AP Nr. 32 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter II 2

565) Dabei lautet eine Spezialfrage, mit der sich die (in Fn.564) zitierte Anm. von RICHARDI auseinandersetzt, ob ein Urlaubsanspruch besteht, wenn der Arbeitnehmer jeden Monat für wenige Tage (im konkreten Fall 3 - 5 Tage) befristet beschäftigt wird. Das BAG (Urt. vom 4.12.69, 5 AZR 84/69, AP Nr. 32 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) und RICHARDI in seiner Anm. zu diesem Urteil verneinen dies, obwohl nach einem anderen BAG-Urteil (AP Nr. 1 zu § 1 BUrlG) ein Arbeitnehmer, der im unbefristeten Arbeitsverhältnis jeden Monat nur wenige Tage beschäftigt wird, einen Urlaubsanspruch erwerben soll.

566) 2.6.76, 5 AZR 131/75, AP Nr. 20 zu § 611 BGB Abhängigkeit

567) § 620 BGB Rdnr. 123

zu differenzieren und vor einer Umgehung von Schutzvorschriften, die nicht zum Bestandsschutz gehören, die Augen zu verschließen. Allerdings hat eine Umgehung des Bestandsschutzes erheblich mehr Gewicht bei der Interessenabwägung.

Hinsichtlich Gratifikationen können befristete Arbeitnehmer nicht benachteiligt werden. Nach einem speziell zu einem Fristvertrag ergangenen BAG-Urteil[568] ist die Arbeit im Bezugszeitraum die eigentliche Leistung, die mit der Gratifikation belohnt werden soll. Die weitere Bedingung, daß der Arbeitnehmer auch in Zukunft noch bis zu einem bestimmten Zeitpunkt dem Betrieb angehören muß, darf nur verlangt werden, wenn dies dem Arbeitnehmer auch möglich ist, was nicht der Fall ist bei betriebsbedingter Kündigung oder dem Auslaufen einer Befristung eines Arbeitnehmers, der bereit ist, weiterzuarbeiten[569]. In einem solchen Fall sei es rechtsmißbräuchlich, sich auf den Nichteintritt der Bedingung zu berufen. Diese sich aus dem allgemeinen Rechtsprinzip von Treu und Glauben ergebende Rechtsfolge sei auch nicht tarifdispositiv - anders als das Richterrecht zur angemessenen Relation zwischen der Höhe der Gratifikation und der Bindungsdauer.

Zu den schwerwiegendsten Nachteilen von Befristungen gehört die "Disziplinierungsmöglichkeit", die darin liegt, daß der Arbeitgeber nach Fristablauf in seiner Entscheidung völlig frei ist, ob er den Arbeitsvertrag mit dem betreffenden Arbeitnehmer verlängert oder aber einen anderen einstellt, weil zwar die betreffende Tätigkeit weiterhin ausgeführt werden muß, der bisherige Mitarbeiter sich aber unliebsam gemacht

---

568) vom 27.10.78, 5 AZR 287/77, NJW 1979, 1221f.

569) Ist er nicht zur Weiterarbeit bereit, so ist der Wegfall der Gratifikation kein Nachteil gegenüber einem unbefristeten Arbeitsverhältnis, bei dem der Arbeitnehmer kündigen müßte und dadurch ebenfalls seine Gratifikation verlieren würde.

hat[570]. Selbst wenn der Arbeitgeber überhaupt keine Disziplinierungsabsichten hat, wird der Arbeitnehmer doch befürchten, daß eine Vertragsverlängerung abhängt von seinem "Wohlverhalten" hinsichtlich z. B. Gewerkschaftszugehörigkeit, Geltendmachung betrieblicher und tariflicher Rechte, Bestehen auf Arbeitsschutzmaßnahmen, Engagement bei der Arbeitnehmervertretung, krankheitsbedingten Fehlzeiten, politischen Meinungsäußerungen außerhalb des Betriebs. Deshalb steht ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer unter einem ständigen psychischen Druck, falls eine Vertragsverlängerung in Betracht kommt oder von ihm jedenfalls erhofft wird, oder wenn er eine erneute Einstellung nach einer Unterbrechung (bei periodisch erneuerten Arbeitsverhältnissen, insbesondere Saisonarbeitsverhältnissen) anstrebt. Die Gefahr einer unsachlichen Auswahl ist besonders groß, wenn befristete Arbeitsverträge mehrerer Arbeitnehmer gleichzeitig auslaufen und der Arbeitgeber nur einen Teil dieser Arbeitnehmer weiterbeschäftigen kann, denn dem Arbeitgeber sind keine Kriterien - etwa Leistung oder soziale Gesichtspunkte - für die Auswahl vorgegeben. Dieser psychologische Nachteil von Befristungen kann zwar kein Erfordernis eines sachlichen Grundes begründen, wenn keine Schutzvorschrift durch die Befristung umgangen wird. Er sollte aber m. E. in den Fällen, in denen ein Sachgrunderfordernis ohnehin besteht, bei der Interessenabwägung berücksichtigt werden[571].

---

570) Vgl. dazu auch LINDER, DB 1975, 2082 (2084), unter III. WIEDEMANN, Festschr. LANGE, 1970, S. 395, formuliert sehr plastisch, daß es Aufgabe des allgemeinen Kündigungsschutzes sei, dem Arbeitnehmer "die Freiheit zu sichern, sein Verhalten nicht am Stirnrunzeln eines Vorgesetzten orientieren zu müssen." Ähnlich RICHARDI, DB 1981, 1461, unter II 2 b, der ausführt, der Kündigungsschutz solle zwar dem Arbeitnehmer "nicht den Arbeitsplatz garantieren, aber verhindern, daß es der Willkür des Arbeitgebers unterliegt, ob er seinen Arbeitsplatz behält; denn nur so kann er das Grundrecht der Berufsfreiheit im Gewand des Arbeitsverhältnisses ausüben."

571) Ähnlich auch KOLLER, Anm. AP Nr. 47 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 5R: Nach KOLLER sind bei der Interessenabwägung u. a. auch die Interessen des Arbeitnehmers an der "Absicherung der betrieblichen Freiheitssphäre" zu berücksichtigen.

Ebenfalls nur bei beabsichtigter Verkettung von Fristverträgen ergibt sich eine Benachteiligung hinsichtlich der Lohnfortzahlung. Der grundsätzlich sechswöchige Lohnfortzahlungsanspruch bei unverschuldeter Krankheit (für Arbeiter § 1 I LFZG, für Angestellte § 616 II BGB) fällt mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses weg (§ 6 II LFZG). Der Arbeitgeber kann also, wenn während diesen sechs Wochen der Vertrag ausläuft, von einer an sich beabsichtigten Verlängerung absehen, um diese Kosten zu ersparen, und der Arbeitnehmer bekommt dann nur das niedrigere Krankengeld der Krankenversicherung. Würde der Fristvertrag ohnehin nicht verlängert, besteht keine Schlechterstellung gegenüber einem Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Dauer, das auf den gleichen Zeitpunkt gekündigt worden ist.

bb) Vorteile der Befristung für den Arbeitnehmer

Für den Arbeitnehmer liegt der wichtigste Vorteil einer Befristung darin, daß das Arbeitsverhältnis nicht ordentlich gekündigt werden kann[572], wenn nicht etwas Abweichendes vereinbart oder durch einen anwendbaren Tarifvertrag[573] bestimmt ist[574]. Große Bedeutung hat dieser Vorteil für leitende Angestellte i. S. d. § 14 II KSchG, bei denen ein Bestandsschutz nach dem KSchG nur in Form eines Abfindungsrechts besteht[575].

---

572) Siehe Fn. 53

573) Vgl. z. B. Nr. 7 Abs. 3 S. 1 der Sonderregelung 2 y zum BAT: "Ein Arbeitsverhältnis, das mit Eintritt des im Arbeitsvertrag bestimmten Ereignisses oder mit Ablauf einer längeren Frist als einem Jahr enden soll, kann auch vorher gekündigt werden."

574) Auf diesen Vorteil hat schon NIKISCH, § 47 II 2, S. 671f., hingewiesen. Ebenso ZÖLLNER, Gutachten 52. DJT, S. D 122.

575) Näher oben B III 5 a

Wenn der Arbeitnehmer sich nicht Hoffnungen auf eine Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages macht, hat er ferner den Vorteil, daß er sich schon ab Vertragsabschluß auf den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einstellen kann[576]. Wenn es sich nicht um eine sehr kurze Befristung handelt, hat er damit einen sehr viel längeren Zeitraum für seine Dispositionen, insbesondere für die Suche nach einem anderen Arbeitsplatz[577], zur Verfügung, als dies bei einem Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Dauer und ordentlicher Kündigung der Fall wäre. Hinzu kommt, daß dem Arbeitnehmer in einem solchen Fall bei Vertragsabschluß klar vor Augen steht, daß er sich damit nur für vorübergehende Zeit eine Existenzgrundlage sichern kann. Er hat damit die Möglichkeit, ein etwaiges anderes Stellenangebot vorzuziehen, bei dem er vielleicht schlechter verdient, aber eher Aussicht auf eine "Lebensstellung" hat[578]. Es versteht sich von selbst, daß die zuletzt genannten Vorzüge nicht bestehen, wenn der Arbeitnehmer sich hinsichtlich der Dauer des Arbeitsverhältnisses Illusionen macht oder ihm sogar beim Einstellungsgespräch unzutreffenderweise gesagt wird, die Vertragsverlängerung sei nur eine Formsache.

Die Gegenüberstellung der Nachteile und Vorteile zeigt, daß befristete Arbeitsverträge für den Arbeitnehmer in der weit überwiegenden Zahl der praktischen Fälle nachteilig sein werden[579]. Es liegt nahe, diese Nachteile durch eine bessere Be-

---

576) Ebenso ZÖLLNER, a. a. O. (Fn. 574)

577) Auch bei anderen Dispositionen kann er den vorhersehbaren Fristablauf berücksichtigen, indem er z. B. bei kürzerer Laufzeit einen Umzug zum Ort des Arbeitsplatzes unterläßt, wenn die Entferung auch durch "pendeln" bewältigt werden kann.

578) Ähnlich WIEDEMANN, Festschrift LANGE, 1970, S. 395 (405f.), der zu "Aushilfsverträgen" ausführt, "es wäre geradezu irreführend, unbefristete Verträge abzuschließen, die bei den Beschäftigten die Hoffnung auf eine bleibende Arbeitsstätte erwecken würden."

579) So auch PALME, BlStSozArbR 1977, 36, unter III

zahlung ausgleichen zu wollen. In diesem Sinne führt DÄUBLER[580] zur Befristung von Künstlern aus, den Interessen des Arbeitnehmers sei u. a. dadurch Rechnung zu tragen, daß "eine höhere als die für Daueranstellungen geschuldete Vergütung gezahlt wird." M. E. scheitert die Berücksichtigung der Bezahlung bei der Interessenabwägung aber daran, daß sich nicht feststellen läßt, welches Entgelt bei einem unbefristeten Arbeitsvertrag vereinbart worden wäre, und welcher Teil des in dem Fristvertrag festgelegten Verdienstes demnach als Entgelt für die Befristung anzusehen ist[581]. Der bloße Umstand, daß die Bezahlung übertariflich ist, besagt nicht, daß der übertarifliche Teil auf die Befristung zurückzuführen ist.

cc) Vorteile der Befristung für den Arbeitgeber

Bei den Vorteilen einer Befristung für den Arbeigeber denkt man als erstes daran, daß der Arbeitgeber sich eine gerichtliche Kontrolle bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart[582], die bei einer Kündigung nach § 1 KSchG denkbar wäre. Gerade dieses zweifellos starke Interesse ist aber bei der Interessenabwägung für sich genommen nicht zu berücksichtigen[583], weil es im Widerspruch zum Zweck des Kündigungsschutzes steht und das Sachgrunderfordernis gerade dazu dient, Befristungen aus derartigen Motiven zu verhindern.

WIEDEMANN[584] nennt als berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an einer Befristung den Wunsch, sich einen Beweisvor-

---

580) ArbR 2, S. 319

581) Für den von DÄUBLER angesprochenen Fall der Befristung von Künstlern gilt dies ganz besonders, denn z. B. bei Bühnendienstverträgen kommen Arbeitsverhältnisse auf unbestimmte Dauer kaum vor, so daß es schon deshalb an einer Vergleichsbasis fehlt.

582) Diese Rechnung geht ohnehin oft nicht auf, wenn es statt zur Kündigungsschutzklage zur Feststellungsklage kommt, bei der um die Wirksamkeit der Befristung gestritten wird.

583) So auch WIEDEMANN, Festschr. LANGE, 1970, S. 395

584) a. a. O. (Fn. 583), S. 396

vorsprung zu verschaffen, indem bei einer Befristung nicht der Arbeitgeber "die Sachbedingtheit der Beendigung, sondern der Arbeitnehmer ihre Sachwidrigkeit dartun muß." Wenn man mit der h. L. diese Beweislastverteilung ablehnt[585], kommt auch dieser Interessengesichtspunkt nicht in Betracht.

Ein legitimer Gesichtspunkt von großer praktischer Bedeutung ist jedoch, daß eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Fristablauf auch aus Gründen möglich ist, aus denen eine Kündigung eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Dauer nicht vorgenommen werden könnte[586]. Bei manchen Sachverhalten ist das Kündigungsrecht nicht ausreichend, um eine Lösung für ein unabweisbares ökonomisches Bedürfnis zu finden[587]. Ferner müssen in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe für eine Befristung - anders als bei einer personenbedingten Kündigung - nur generell und nicht bei dem konkreten Arbeitnehmer gegeben sein. So ist es für den Sachgrund "Altersgrenze"[588] ausreichend, daß erfahrungsgemäß die Mehrzahl der Arbeitnehmer ab einem bestimmten Alter nicht mehr voll leistungsfähig ist, während für eine personenbedingte Kündigung der Nachweis erforderlich ist, daß der konkrete gekündigte Arbeitnehmer nicht mehr zur Erfüllung seiner Vertragspflichten in der Lage ist[589].

Ebenfalls legitim und von großer Bedeutung ist, daß durch Fristverträge die Anwendung solcher Vorschriften vermieden werden kann, die auf Dauerarbeitsverhältnisse zugeschnitten sind und auf nur kurzfristig anfallende Tätigkeiten nicht pas-

---

585) Vgl. zur Beweislast Fn. 57

586) Siehe dazu oben I

587) Dabei ist etwa an die "Aufgaben von begrenzter Dauer" (dazu unten 3 C I 1) und das "Auswechslungsbedürfnis" (unten 3. Teil C I 3 c) zu denken.

588) Siehe unten 3. Teil C I 2 a aa

589) Dazu WIEDEMANN, a. a. O. (Fn. 583), unter II 3a, S. 407f.

sen. Hierzu ist vor allem das Mutterschutzgesetz[590] zu nennen, das, wenn es die Möglichkeit der Befristung nicht geben würde, etwa bei einer einmaligen Arbeitsaufgabe der Mutter den Arbeitsplatz noch zu einem Zeitpunkt "sichern" könnte, zu dem die betreffende Tätigkeit bereits abgeschlossen ist.

Denkbar ist auch, daß der Arbeitgeber deshalb eine Befristung vorzieht, weil er nur vorübergehend - z. B. wegen Mehrarbeit[591] - zusätzliche Arbeitnehmer benötigt und nicht Gefahr laufen will, am Ende dieser Zeitspanne im Wege der sozialen Auswahl nach § 1 III KSchG bei betriebsbedingter Kündigung Mitglieder seiner Stammbelegschaft zu verlieren. In einem solchen Fall könnten sogar erhebliche Widerstände in der Belegschaft gegen die unbefristete Einstellung nur vorübergehend benötigter Kräfte entstehen. Man wird dieses Interesse - anders als das allgemeine Interesse des Arbeitgebers daran, eine gerichtliche Kontrolle der Beendigung von Arbeitsverhältnissen zu vermeiden - als berechtigt anerkennen müssen[592], wobei nicht entscheidend ist, daß auch Inter-

---

590) Siehe hierzu oben aa bei Fn. 548

591) Siehe unten 3. Teil C I 1 c dd. Das Interesse an der Vermeidung einer sozialen Auswahl ist auch beim Sachgrund "Verringerung des Personalbedarfs" (3. Teil C I 1 c ee) von Bedeutung.

592) Davon ist auch das BAG im Urteil vom 12.5.55 (2 AZR 23/54, unter I, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 1R und 2) ausgegangen, in dem es eine analoge Anwendung des KSchG u. a. deshalb abgelehnt hat, weil in die soziale Auswahl auch die unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer einbezogen werden müßten. Die Bevorzugung von Arbeitsplatzinhabern gegenüber Arbeitssuchenden ist durchaus ambivalent, entspricht aber dem Zweck des KSchG. So auch BUCHNER, MittHV 1981, 125 (126, 1. Spalte), der dem KSchG eine Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten des Bestandsschutzes der Arbeitsverhältnisse entnimmt, jedoch die rechtspolitische Richtigkeit dieser Entscheidung bezweifelt. Die Janusköpfigkeit des Bestandsschutzes für die Arbeitnehmerschaft ist vor allem von REUTER immer wieder herausgestellt worden, und zwar in folgenden Veröffentlichungen: Die freie Wahl des Arbeitsplatzes - ein nicht realisierbares Grundrecht?, RdA 1973, 345; Das Recht auf Arbeit - ein Prinzip des Arbeitsrechts?, RdA 1978, 344 (349); Grundlagen des Kündigungsschutzes - Bestandsaufnahme und Kritik, in: 25 Jahre BAG, 1979, 405 (410ff.). Siehe hierzu auch ZÖLLNER, Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?, Gutachten D zum 52. Deutschen Juri-

essen Dritter für die Befristung sprechen, sondern daß der allgemeine Kündigungsschutz in derartigen Fällen nicht paßt und zu vom Gesetzgeber nicht gewollten Folgen führt.

dd) Nachteile der Befristung für den Arbeitgeber

Ein Fristvertrag hat für den Arbeitgeber den Nachteil, daß er das Arbeitsverhältnis nur dann ordentlich kündigen kann, wenn diese Möglichkeit individualvertraglich vereinbart oder durch einen anwendbaren Tarifvertrag bestimmt ist[593].

Der faktische Hauptnachteil für den Arbeitgeber liegt bereits im Vorfeld des Vertragsabschlusses und ist deshalb bei der Interessenabwägung nicht zu berücksichtigen: Für einen Fristvertrag ist ein Arbeitssuchender i. d. R. schwerer zu interessieren als für ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, der Arbeitgeber muß deshalb bei einigermaßen ausgeglichener Arbeitsmarktlage entweder bessere sonstige Konditionen - z. B. bezüglich des Entgelts - bieten oder aber hinnehmen, daß er nur Arbeitskräfte bekommt, die keine anderweitige Einstellung finden können.

2. Für die Befristung sprechende Interessen nur einer Partei als ausreichender Sachgrund

Daß es für die Zulässigkeit einer Befristung ausreicht, wenn nur schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers, nicht dagegen Interessen des Arbeitnehmers für die Befristung sprechen, sofern die Arbeitgeberinteressen gegenüber den entgegenstehenden Interessen des Beschäftigten hinreichend stark sind[594],

---

stentag, 1978, insbes. S. D 113ff., und RICHARDI, DB 1981, 1461 (1463), unter III 2 a. E.

593) Siehe dazu Fn. 53 und 573

594) In diesem Sinne auch SCHRÖTER, S. 171 a. E.

ergibt sich m. E. schon daraus, daß das Rechtsinstitut des befristeten Arbeitsvertrages fast ausschließlich wegen Interessen der Arbeitgeberseite besteht[595], so daß in aller Regel nur Interessen eines Vertragspartners für die Befristung sprechen.

Daß Interessen nur eines Teils ausreichen, wurde vom BAG ausdrücklich ausgesprochen. Bereits 1960 definierte der Große Senat[596] den sachlichen Grund dahingehend, daß die "wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnisse der Parteien oder jedenfalls einer Partei" für die Befristung sprechen. Bei dieser Formulierung bleibt noch die Möglichkeit offen, daß mit den Verhältnissen nur einer Partei lediglich die Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers angesprochen ist, und nicht die Befristung allein aus Arbeitgeberinteressen. Die endgültige Klarstellung brachte deshalb erst ein BAG-Urteil von 1974[597], das unter Berufung auf die Entscheidung des Großen Senats ausführt, daß "vernünftige und billigenswerte Interessen des Arbeitgebers" als Sachgrund ausreichend sind.

In der Literatur finden sich unterschiedliche Stimmen zu dieser Frage. REUTER[598], SCHRÖTER[599] und FENN[600] sind der Auf-

---

595) Ähnlich MACHE, BB 1981, 243 (246), unter VI: Die Anerkennung der Zulässigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse dient "im Normalfall primär den Interessen des Arbeitgebers."

596) a. a. O. (Fn. 434), unter C 2, AP Bl. 4R, oben

597) Urt. vom 31.10.74, 2 AZR 483/73 (Kernforschungszentrum), unter 2 c, AP Nr. 39 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

598) In der Anm. EzA Nr. 5 zu § 305 BGB, unter 2. REUTER begründet seine Meinung damit, daß jeder vernünftige Anlaß für eine Befristung ausreichen müsse, weil dies ausreiche, um eine Umgehung des Kündigungsschutzes zu verneinen. Die Abschlußfreiheit verbiete weitergehende Einschränkungen von (echten) Befristungen (anders bei auflösend bedingten Arbeitsverhältnissen), weil das Interesse des Arbeitnehmers am Wegfall der Befristung sich qualitativ nicht von dem eines Arbeitsplatzbewerbers an seiner Einstellung unterscheide. Siehe dazu oben unter 1 b und meine Stellungnahme unter c.

599) a. a. O. (Fn. 594)

600) FENN hatte dies bereits in seiner Anm. AP Nr. 33 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag ausgeführt, ohne daß die-

fassung, daß auch Interessen allein des Arbeitgebers ausreichen können. Es ist aber auch Kritik an der dargelegten Rechtsprechung zu dieser Frage geäußert worden[601], u. a. mit der Begründung, daß, wenn die Interessen einer Partei ausreichen, eine Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen nicht verhindert werden könne[602]. Diese Kritik verkennt, daß der Umstand, daß Interessen des Arbeitgebers allein eine Befristung rechtfertigen können, keine Ausnahme von dem Erfordernis der Interessenabwägung darstellt, sondern in diesen Fällen dem Interesse des Arbeitgebers an der Befristung keine gewichtigeren Interessen des Arbeitnehmers entgegenstehen dürfen; allerdings ist denkbar, daß es bestimmte Arbeitgeberinteressen gibt, die so stark sind, daß sie die Arbeitnehmerinteressen immer überwiegen, etwa bei einmaligen Arbeitsaufgaben von kurzer Dauer.

3. Reicht Gleichwertigkeit der widerstreitenden Interessen für eine Befristung aus?

Jedenfalls rein theoretisch[603] stellt sich die Frage, ob ein Sachgrund nur dann zu bejahen ist, wenn die Interessen des Arbeitgebers überwiegen, oder ob es auch ausreicht, daß die für und gegen einen Zeitvertrag sprechenden Interessen ungefähr gleichrangig sind. M. E. würde ein Erfordernis des Oberwiegens der Arbeitgeberinteressen die Vertragsfreiheit in unzulässiger Weise einschränken[604]. Die Aufrechterhaltung von

---

ses Urteil dazu Anlaß gegeben hatte. Siehe ferner die zust. Anm. von FENN zu dem bereits zitierten BAG-Urteil von 1974, AP Nr. 39 a. a. O.

601) z. B. WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (88), unter I 2 a

602) LINDER DB 1975, 2082 (2083); KEMPFF BB 1976, 1576 (1577); KOCH BB 1978, 1218 (1220), unter 3.

603) Da für eine solche Interessenabwägung kein präziser Maßstab zur Verfügung steht, die Abwägung also mehr "über den Daumen" erfolgen muß, dürfte in der Praxis die Versuchung groß sein, die "nonliquet"-Situation zu vermeiden, indem man kurzerhand behauptet, die Interessen der einen oder der anderen Seite wären doch ein wenig stärker.

604) A. A. SCHRÖTER, S. 179

§ 620 I BGB bei Gesetzesänderungen[605] spricht dafür, daß der Gesetzgeber befristete und unbefristete Verträge als rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten ansieht, zwischen denen die Parteien frei wählen können, sofern sich die Ausübung dieses Wahlrechts nicht als Mißbrauch darstellt. Die für unbefristete Arbeitsverträge geltenden Arbeitnehmerschutzvorschriften erfordern lediglich, der Arbeitgeberseite ein ungehindertes Ausweichen auf befristete Arbeitsverträge zu verwehren; die vom BAG entwickelte Formel vom "sachlichen Grund" stellt diese erforderliche "Flankensicherung" für den Arbeitnehmerschutz dar. Es würde deshalb die Kompetenzen von Rechtsprechung und Lehre überschreiten, befristete Arbeitsverträge de lege lata als per se unerwünscht anzusehen und durch entsprechend hohe Anforderungen an die Zulässigkeit auf möglichst breiter Front zurückzudrängen. Zur Absicherung der Schutzvorschriften erforderlich und deshalb zulässig ist nur, eine Ausweitung der Anwendung von Zeitverträgen - die ohne besondere Anforderungen an die Zulässigkeit zu erwarten wäre, weil die Arbeitnehmerschutzvorschriften seit Inkrafttreten des BGB einseitig nur für unbefristete Arbeitsverträge ausgebaut worden sind - zu verhindern. Hierfür ist es aber ausreichend, dem Arbeitgeber eine Befristung nur dann zu verwehren, wenn die entgegenstehenden Interessen überwiegen, und es bei gleich starken gegenläufigen Interessen bei der Wahlfreiheit zwischen befristetem Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Dauer zu belassen. Eine darüber hinausgehende Einschränkung der Zulässigkeit, für die durchaus gute Gründe sprechen mögen, kann nur de lege ferenda erfolgen.

4. Sind bei der Interessenabwägung alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen?

a) Der Begriff der "Umstände des Einzelfalls"

Leider ist bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur definiert worden, was unter den "gesamten Umständen

---

605) Siehe dazu oben A II 4 b bbγ

des Einzelfalls" zu verstehen ist, obwohl diese Floskel insbesondere in BAG-Urteilen nicht selten erscheint. Eine begriffliche Unschärfe führt zu der Gefahr, daß man bei der Diskussion zu dieser Frage aneinander vorbeiredet.

M. E. kann es sich bei den "Umständen des Einzelfalls" nur um solche Besonderheiten handeln, die nicht als eine eigenständige, generell und nicht nur in dem konkreten Fall anwendbare Fallgruppe aufgefaßt werden können. Allerdings wird der Begriff - wohl wegen der bisher fehlenden Definition - nicht ausnahmslos in diesem Sinne gebraucht.

In einem Urteil des 2. Senats des BAG[606] wird zu den Umständen des Einzelfalls gerechnet, daß der Kläger ohne die erforderliche Qualifikation zur "Aushilfe" bis zur Einstellung eines geeigneten Bewerbers beschäftigt worden sein soll, und daß die Vertragsverlängerung nur erfolgt sein soll, um dem Kläger eine Promotion zu ermöglichen, also aus sozialen Gründen. Beide Gesichtspunkte halte ich für generell anwendbar, weshalb ich diese als Fallgruppen sachlich gerechtfertigter Befristung und nicht als besondere Umstände des Einzelfalls bezeichnen würde.

WIEDEMANN/PALENBERG[607] nennen als Beispiele für besondere Umstände des Einzelfalls "die Dauer des Vertrages" (gemeint ist wohl die Dauer des auf befristeten Arbeitsverträgen beruhenden Arbeitsverhältnisses), "die außergewöhnliche Häufigkeit der Aneinanderkettung" und "besondere soziale Umstände". Dem würde ich nur hinsichtlich der "besonderen sozialen Umstände" zustimmen. Hingegen ist die Dauer ein Gesichtspunkt, der in jedem Fall und nicht nur bei besonderen Umständen daraufhin überprüft werden muß, ob er sachlich gerechtfertigt ist[608]. Für die Verkettung, die ohnehin allenfalls geringe

---

606) BAG Urt. vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, unter 4 c, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

607) RdA 1977, 85 (92), unter II 2

608) Siehe unten 4. Teil

Bedeutung hat, wenn man für jeden Fristvertrag eine Rechtfertigung der Dauer verlangt[609], gilt Entsprechendes.

b) Rechtsprechung und Literatur

Die Rechtsprechung des BAG zur Frage der Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls läßt sich nur als Zick-Zack-Linie nachzeichnen, während die Literatur nur vereinzelt Stellung genommen hat.

Der 3. Senat spricht in einem Urteil vom 16.12.57[610] aus, daß eine Befristung von Lehrbeauftragten wegen der regelmäßig fehlenden sozialen Schutzbedürftigkeit dieser Gruppe auch dann gerechtfertigt ist, wenn der betreffende Lehrbeauftragte als Ausnahme von dieser Regel auf die Vergütung angewiesen ist. Demnach[611] wären besondere Umstände des Einzelfalls nicht zu berücksichtigen. Dieser Aspekt des Urteils hat aber in der Literatur und der weiteren Rechtsprechung keine Beachtung gefunden[612].

Erst fünf Jahre später befaßte sich das BAG wieder mit den Umständen des Einzelfalls, vertrat dabei aber eine entgegengesetzte Auffassung. Das Urteil des 2. Senats des BAG vom

---

609) Dazu unten 4. Teil D

610) 3 AZR 92/55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, Bl. 3.

611) In dem entschiedenen Fall handelte es sich zwar nicht um einen Arbeitnehmer, sondern um eine arbeitnehmerähnliche Person. Die Ausführungen zur Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls macht das Gericht aber nicht zur Frage der Arbeitnehmereigenschaft, sondern - nach der heutigen Terminologie - zur Frage des sachlichen Grundes (diesen Ausdruck gebraucht der Senat allerdings nicht). Der Senat läßt nämlich dahinstehen, ob bei arbeitnehmerähnlichen Personen eine Umgehung durch Befristung möglich ist, und führt aus, daß die Befristung jedenfalls gerechtfertigt sei. Erst in diesem Zusammenhang wird die genannte Erwägung zur Frage von Umständen des Einzelfalls angestellt.

612) Dieses "Übersehen" dürfte wohl nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, daß das Urteil in der AP nicht bei § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, sondern bei § 611 BGB Lehrer, Dozenten abgedruckt ist.

3.5.1962 war das erste von vier Urteilen dieses Senats, in denen betont wird, daß auf die Umstände des konkreten Einzelfalls abzustellen ist[613]. Ferner hat der 5. Senat in einem Urteil ausgesprochen, daß die gesamten Umstände des Einzelfalls darauf zu überprüfen sind, "welche Gesichtspunkte für oder gegen die Befristung sprechen"[614].

Der in diesen Urteilen vertretenen Auffassung, daß alle Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen seien, stimmt ein Teil der Literatur zu[615]. Es ist in der Literatur aber auch Kritik erhoben worden, diese Rechtsprechung führe zu fehlender Rechtssicherheit und Unüberschaubarkeit des Prozeßrisikos[616] und sei "vom Ergebnis her bestimmt"[617].

---

613) Es handelt sich um folgende Urteile des 2. Senats des BAG: Ausschließlich auf die Umstände des konkreten Einzelfalls wird abgestellt in den Entscheidungen vom 3.5.62, 2 AZR 451/61, AP Nr. 23 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, und vom 31.10.74, 2 AZR 483/73, unter I 2 a, AP Nr. 39 a. a. O. Neben den gesamten Umständen des Einzelfalls sind die Oblichkeit der Befristung und die Auffassung verständiger und verantwortungsbewußter Vertragsparteien zu berücksichtigen nach dem Urteil vom 4.2.71, 2 AZR 144/70, unter 2, AP Nr. 35 a. a. O. In der Entscheidung vom 28.11.63, 2 AZR 140/63, AP Nr. 26 a. a. O., werden nur die Umstände des Einzelfalls und die Oblichkeit erwähnt.

614) BAG Urt. vom 30.9.71, 5 AZR 146/71, unter 1, AP Nr. 36 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Dabei sei auf die Oblichkeit und auf die Auffassung verständiger und verantwortungsbewußter Parteien Gewicht zu legen. Vgl. ferner das Urteil des 5. Senats vom 30.11.77, 5 AZR 561/76, AP Nr. 44 a. a. O.: Ein Rundfunksprecher war wegen der Besorgnis der "Abnutzung des Wortschatzes" befristet beschäftigt worden. Der Senat führt dazu aus, der Arbeitgeber könne sich nach achtjähriger Tätigkeit "auf eine solche lediglich abstrakte und durch keine auf den Kl. bezogene Tatsachen belegte Besorgnis als Rechtfertigungsgrund nicht mehr berufen."

615) A. HUECK Anm. AP Nr. 23 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. HUECK macht nur den Vorbehalt, daß dies nicht so weit führen dürfe, daß man die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge analog den Kriterien des Kündigungsschutzgesetzes für die Zulässigkeit einer Kündigung behandelt. Auch KOCH (BB 1978, 1218 (1221), unter 4.3) will die Interessen des Arbeitnehmers im Einzelfall berücksichtigen.

616) So noch WALZ, ZRP 1978, 77 (78), trotz der inzwischen bereits geänderten Kriterien des 2. Senats (dazu sogleich).

617) DAMMANN AuR 1978, 65 (66); kritisch auch WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (88), unter I 2 a bei Fn. 16.

Offenbar infolge einer kritischen Urteilsanmerkung von M. WOLF[618] hat der 2. Senat jedoch mit dem Urteil vom 22.3.19 seine Rechtsprechung in dieser Frage geändert und unter Hinweis auf diese Anmerkung folgendes ausgeführt[619]:
"Ob die Befristung eines Arbeitsvertrages nach den in der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätzen sachlich gerechtfertigt ist, richtet sich regelmäßig nach folgenden Maßstäben:
a) Den Ausgangspunkt haben die generellen Merkmale für die Zulässigkeit einer Befristung zu bilden, und zwar in der Weise, daß die Oblichkeit im Arbeitsleben nur insoweit zu berücksichtigen ist, wie sie nach Auffassung verständiger und verantwortungsbewußter Vertragspartner auch als berechtigt angesehen werden kann.
b) Die Umstände des Einzelfalles gewinnen Bedeutung, wenn die damit verbundenen Interessen ein solches Gewicht haben, daß es geboten ist, sie vor den generellen Umständen zu berücksichtigen."
Darin liegt eine erhebliche Änderung gegenüber der vorherigen Auffassung, nach der alle Umstände des Einzelfalls unabhängig davon, ob sie ein besonderes Gewicht haben, zu berücksichtigen waren. In der Literatur ist diese Wende der Rechtsprechung teilweise als bloßer Versuch einer Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung fehlinterpretiert worden[620].

In dem nächsten einschlägigen Urteil des 2. Senats[621] ist die neue Formel nicht angewandt worden, sondern das Gericht

---

618) Anm. II, AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter 2

619) Leitsatz 2 des Urteils vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

620) M. WOLF Anm. AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, vor I; DAMMANN AuR 1978, 65 (66)

621) vom 31.10.74, 2 AZR 483/73, unter I 2 a, AP Nr. 39 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

hat ohne weiteres die Besonderheiten des konkreten Einzelfalls als maßgeblich angesehen. In der darauf folgenden Entscheidung[622] hat der 2. Senat aber in vollem Umfang auf seine neuen Maßstäbe zurückgegriffen.

Die Literatur hat sich zu dieser Änderung der Rechtsprechung noch kaum geäußert[623].

Es liegt nahe, daß sich auch der geänderten Auffassung des 2. Senats andere Senate anschließen werden, wie sich zuvor der 5. Senat die damalige Meinung des 2. Senat zu eigen gemacht hatte[624]. Mir erscheint jedoch zweifelhaft, ob die neue Formel einen Fortschritt darstellt. Die stärkere Objektivierung, die darin liegt, daß die Umstände des Einzelfalls nur noch bei besonderem Gewicht der damit verbundenen Interessen berücksichtigt werden sollen, bringt einen Verzicht auf Einzelfallgerechtigkeit mit sich, der nur dann akzeptabel ist, wenn die Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen dadurch nennenswert zunimmt. Der Rechtssicherheit ist aber m. E. durch die neuen Kriterien kaum gedient, denn an die Stelle der schwierigen Abwägung aller Interessen tritt das neue Problem, ob die mit den Umständen des Einzelfalls verbundenen Interessen so schwerwiegend sind, daß sie "vor den generellen Umständen zu berücksichtigen sind"[625].

c) Die bisher vernachlässigte Problematik einer Berücksichtigung aller Interessen des Einzelfalls

Eine Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls ist unabhängig davon, ob sie ohne weitere Voraussetzungen oder

---

622) vom 16.6.76, 2 AZR 630/74, unter II 4, AP Nr. 40 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

623) Diese Rechtsprechung wird zustimmend referiert von KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 128. Siehe auch oben Fn. 620

624) Vgl. oben bei Fn. 614

625) DAMMANN, AuR 1978, 65 (66), kritisiert die neuen Kriterien noch schärfer als keine größere Klarheit bringend.

nur bei besonderem Gewicht der Interessen erfolgen soll, oftmals sehr problematisch, und zwar m. E. weniger aus Gründen der Rechtssicherheit, sondern vielmehr, weil sie für diejenigen Arbeitnehmer, die dadurch geschützt werden sollen, letztlich nachteilige Auswirkungen haben kann[626].

Zu denken ist etwa[627] an Schwerbeschädigte, bei denen bei einem befristeten Arbeitsvertrag nicht nur, wie bei allen Arbeitnehmern, der Schutz des Kündigungsschutzgesetzes, sondern auch der besondere Kündigungsschutz des Schwerbehindertengesetzes verlorgen geht, oder an Frauen im gebärfähigen Alter, für die bei einer Befristung im Fall einer Schwangerschaft der Kündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes nicht eingreift. Wenn man in bestimmten Fällen im Wege der konkreten Interessenabwägung die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge mit bestimmten besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmern oder mit bei unbefristeter Beschäftigung besonders geschützten Arbeitnehmergruppen verneint, jedoch in diesen Fällen einen Fristvertrag mit Arbeitnehmern, die keine derartigen besonderen Interessen haben, als zulässig ansieht, so hat das zur Folge, daß die besonders schutzbedürftigen Bewerber nicht etwa unbefristet eingestellt werden[628], sondern daß Fristverträge mit anderen Personen abgeschlossen werden. Der besondere Schutz kann sich somit bei der einzel-

---

626) Vgl. auch EICH, DB 1978, 1785 (1787 a. E.), m. N., zu den mit einem Sonderschutz verbundenen Nachteilen auf dem Arbeitsmarkt.

627) Ein anderes Beispiel enthält das Urteil des BAG vom 15.3.66, 2 AZR 211/65, AP Nr. 28 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (Bl. 2R): Die Zulässigkeit einer nochmaligen Befristung, um der angestellten Lehrerin die Möglichkeit zu geben, ihre Leistungen zu verbessern, wird vom erkennenden Senat ausgeschlossen, weil die Angestellte aufgrund ihres Alters von 58 Jahren ein Interesse an baldigen klaren Verhältnissen hatte. Bei einer jüngeren Arbeitnehmerin hätte also die weitere Befristung u. U. zulässig sein können.

628) Es sei denn, es herrscht großer Mangel an Arbeitnehmern mit der erforderlichen Qualifikation oder mit der Bereitschaft, die betreffende Tätigkeit zu den angebotenen sonstigen Bedingungen - z. B. Höhe des Entgelts, Nachtschicht - durchzuführen.

fallbezogenen Interessenabwägung zum Nachteil der Geschützten auswirken[629]. M. E. sollten deshalb Umstände, die nur gegen eine Befristung des Arbeitsverhältnisses des konkreten Arbeitnehmers sprechen, nicht berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung aller im Bereich des Arbeitgebers liegenden Umstände des Einzelfalls sowie aller Umstände, die auch mit den Interessen aller anderen möglichen Inhaber des betreffenden Arbeitsplatzes kollidieren würden[630], bleibt selbstverständlich durch diese Oberlegungen unberührt.

Die Rechtsprechung scheint diese Problematik nicht zu sehen. Beispielsweise[631] hat das BAG[632] folgendes ausgeführt: "Die wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnisse der Parteien oder jedenfalls einer Partei müssen gegenüber dem Gewicht der Arbeitsplatzsicherung für Schwerbeschädigte durch die kündigungsrechtlichen Vorschriften des Schwerbeschädigtengesetzes für den befristeten Vertrag sprechen." Allerdings hat die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, bisher noch nie in einem konkreten Fall die Zulässigkeit der Befristung wegen besonderer Interessen des einzelnen Arbeitnehmers verneint, das Problem

---

629) Vgl. die Ausführungen von SCHÄCKER, DB 1964, 112, dazu, daß der besondere Kündigungsschutz der Schwerbeschädigten nicht wenige Arbeitgeber selbst bei Arbeitskräftemangel von deren Einstellung abhält.

630) Zu denken ist beispielsweise an den Fall, daß der Arbeitnehmer durch relativ langfristige befristete Tätigkeit in eine berufliche Sackgasse geführt wird, vgl. für den Hochschulbereich hierzu WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (93f.).

631) Ein anderes Beispiel für die Berücksichtigung von gegen die Befristung sprechenden Interessen, die nur in der Person des konkreten Arbeitnehmers gegeben sind, ist ein obiter dictum des LAG Frankfurt, Urt. vom 22.11.77 (9 Sa 597/77, BB 1978, 712), demzufolge eine (weitere) befristete statt unbefristete Beschäftigung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters an einer Hochschule unzulässig sein kann, wenn der Arbeitnehmer sich habilitieren will und wissenschaftlich hervorragend qualifiziert ist. Diese Einschränkung der Zulässigkeit kann allerdings nur dann sinnvoll sein, wenn man außerdem eine Fortsetzungspflicht (dazu Fn. 48) annimmt.

632) Urt. vom 28.2.63, 2 AZR 345/62, AP Nr. 25 zu § 620 BGB, Bl. 3R

ist also bei den veröffentlichten Urteilen noch nicht entscheidungserheblich geworden. Vorsorglich sollte die Rechtsprechung aber davor gewarnt werden, einem einzelnen Kläger mit einer derartigen Begründung zu helfen, und damit zugleich einer Vielzahl von Angehörigen besonders geschützter Arbeitnehmergruppen zu schaden, indem deren Aussichten auf (befristete) Einstellung sich durch eine derartige Entscheidung fühlbar verschlechtern würden.

III. Die "verständigen und verantwortungsbewußten Parteien" - eine andere Ausdrucksweise für das Erfordernis der Interessenabwägung

Die Frage, ob ein Sachgrund vorliegt, hat das BAG mehrfach davon abhängig gemacht, ob "verständige und verantwortungsbewußte Parteien" den Arbeitsvertrag befristet hätten[633]. In der Literatur ist dies als Leerformel kritisiert worden[634].

---

633) Urt. vom 12.8.76, 3 AZR 502/75, AP Nr. 42 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; vom 21.5.81, 2 AZR 1117/78, DB 1981, 2080 = demn. AP Nr. 15 zu § 611 BGB Bühnenengagementsvertrag; nach dem Beschluß des Großen Senats a. a. O. (Fn. 434) und dem BAG-Urteil vom 30.9.71, 5 AZR 146/71, unter 1, AP Nr. 36 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, ist hierauf "Gewicht zu legen". Die Formel erscheint in verkürzter bzw. abgewandelter Form in den Urteilen des BAG vom 25.1.73, 2 AZR 158/72, AP Nr. 37 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 1R (nur "verantwortungsbewußte" Parteien); vom 3.7.70, 2 AZR 380/69, unter 3 b, AP Nr. 33 a. a. O., Bl. 2 (verständiger Arbeitgeber); vom 29.8.79, 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 a. a. O. (verständig denkender Arbeitgeber). In den vor dem grundlegenden Beschluß des Großen Senats (a. a. O., siehe Fn. 434) ergangenen Urteilen des BAG vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, unter 3, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1952, Bl. 3R, vom 12.5.55, 2 AZR 23/54, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 1R, und vom 26.3.57, 3 AZR 428/55, AP Nr. 5 a. a. O., Bl. 1, wurde die Rechtmäßigkeit von Befristungen ebenfalls schon vom hypothetischen Verhalten eines "verständigen Arbeitgebers" abhängig gemacht. Ähnlich bereits das RAG mit der Formel vom "ruhigen, sachlichen Betrachter" in dem Urteil vom 28.11.1930, ARS 10 (1931), S. 549 (554). In den BAG-Urteilen vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, Leitsatz 2, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, und vom 16.6.76, 2 AZR 630/74, Leitsätze, AP Nr. 40 a. a. O., wird die Berücksichtigung der Üblichkeit im Arbeitsleben davon abhängig gemacht, daß diese Üblichkeit "nach der Auffassung verständiger und verantwortungsbewußter Vertragspartner als berechtigt angesehen wird".

Zur Prüfung, ob die Üblichkeit einer Befristung "nach der Auffassung verständiger und verantwortungsbewußter Vertragspartner als berechtigt anzuerkennen ist", hat das BAG[635] folgendes ausgeführt: "Hier wird auf der einen Seite der aus der Entwicklung des Kündigungsrechts zu entnehmende grundsätzliche Zweck unserer Rechtsordnung eine wichtige Rolle spielen, dem Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz zu erhalten, das freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers zu begrenzen und zwingend in bestimmten Formen zu regeln. Andererseits muß den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien, soweit diese für die Befristung des Vertrages sprechen, Rechnung getragen werden."

M. E. bedeutet die Formel von den verständigen und verantwortungsbewußten Parteien nichts anderes als eine Umschreibung dafür, daß die für und gegen eine Befristung sprechenden Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegeneinander abzuwägen sind, denn nur wenn diese Interessen zumindest gleichwertig sind, würden hypothetische "verständige und verantwortungsbewußte Parteien" befristen.

Bei einem BAG-Urteil[636] scheint der erkennende Senat aber der unzutreffenden Auffassung gewesen zu sein, daß es sich bei dieser Prüfung um etwas von der Interessenabwägung verschiedenes handelt, denn er führt aus: "... ist im Einzelfall eine eingehende Prüfung der gesamten Fallumstände daraufhin erforderlich, welche Gesichtspunkte für oder gegen die Befristung sprechen. Es ist dabei ... darauf Gewicht zu legen, was verständige und verantwortungsbewußte Parteien gewöhnlich vereinbaren"[637].

---

634) FALKENBERG, DB 1971, 430 (433), unter C I 3

635) Urt. vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, unter II 4, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

636) vom 30.9.71, 5 AZR 146/71, unter 1, AP Nr. 36 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

637) In diesem Urteil werden diese Kriterien nur anfangs aufgeführt, aber nicht am zu entscheidenden Fall angewandt, weil die Befristung nach Ansicht des Gerichts schon aufgrund tariflicher Vorschriften zulässig war. Wohl deshalb hat der Senat die Tautologie nicht bemerkt.

IV. Das Kriterium der Oblichkeit der Befristung im Arbeitsleben

1. Rechtsprechung und Literatur

a) Allgemeines

Nach der Rechtsprechung des BAG[638] ist für die Frage, ob ein Sachgrund vorliegt, die Oblichkeit im Arbeitsleben zu berücksichtigen. Die Oblichkeit wird also als Merkmal zur Konkretisierung der sachlichen Rechtfertigung herangezogen. Ob und inwieweit die Oblichkeit bei den veröffentlichten Urteilen entscheidungserheblich war, läßt sich für die meisten Urteile nicht feststellen, da das BAG die Oblichkeit i. d. R. in einem Atemzug mit der Auffassung verständiger und verantwortungsbewußter Parteien nennt[639] und diese Merkmale auch gemeinsam prüft.

---

638) Beschl. vom 12.10.60, GS 1/59 (3 AZR 65/56), AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter C 3, Bl. 4R; Urt. vom 5.3.70, 2 AZR 175/69, AP Nr. 34 a. a. O., Bl. 2/2R; 30.9.71, 5 AZR 146/71, unter 1, AP Nr. 36 a. a. O.; 25.1.73, 2 AZR 158/72, unter II (vor 1) und unter II 2, AP Nr. 37 a. a. O.; 22.3.73, 2 AZR 274/72, Leitsatz 2a, AP Nr. 38 a. a. O.

Erst nach Bejahung eines Sachgrunds erwähnt das Urteil des BAG vom 21.4.77, 2 AZR 125/76, EzA Nr. 1 zu § 60 BAT = SAE 1978, 19, daß die Befristung auch üblich sei. In den BAG-Urteilen vom 28.11.63, 2 AZR 140/63, unter 2, AP Nr. 26 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2, und vom 16.6.76, 2 AZR 630/74, AP Nr. 40 a. a. O., wird die Oblichkeit für die Frage herangezogen, ob für die Dauer der Befristung ein Sachgrund besteht.

639) Siehe die ersten vier in Fn. 638 zitierten Entscheidungen (BAG AP Nr. 16, 34, 36, 37 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Zu den ebenfalls in Fn. 638 zitierten Urteilen BAG AP Nr. 38 und 40 a. a. O., in denen die beiden Merkmale in neuer Weise in Beziehung zueinander gebracht werden, siehe unten.

b) Oblichkeit kraft Tarifvertrags

In einem Urteil[640] hat das BAG die Oblichkeit daraus entnommen, daß Befristungen in einem Tarifvertrag für derartige Tätigkeiten vorgesehen waren. BIRK[641] wendet sich gegen diese Handhabung mit den voll überzeugenden Argumenten, daß über die Oblichkeit der personelle Anwendungsbereich des Tarifvertrags erweitert wird, und die zu fordernde Möglichkeit, daß sich auch eine andere Praxis hätte herausbilden können, nicht gegeben ist, wenn die Oblichkeit allein von zwei Tarifvertragsparteien geprägt wird. Demgegenüber folgt KR-HILLEBRECHT[642] dieser BAG-Rechtsprechung und geht sogar soweit, daß er die Zulässigkeit von Befristungen aufgrund von Tarifverträgen ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Oblichkeit behandelt. Auch JOBS/BADER anerkennen diese Form der Oblichkeit[643].

c) Maßgebliche Bezugsbasis

Das Problem, daß die Möglichkeit einer abweichenden Obung gar nicht bestand, besteht auch dann, wenn für die betreffende Tätigkeit nur ein einziger Arbeitgeber auftritt. Für wissenschaftliche Tätigkeiten an Hochschulen ist für jedes Bundesland faktisch nur je ein Arbeitgeber, nämlich das Land, vor-

---

640) Vom 25.1.73, 2 AZR 158/72, unter II 2, AP Nr. 37 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. In diesem Fall war der Tarifvertrag sogar erst nach Abschluß des befristeten Arbeitsvertrags zustande gekommen. Der Senat geht davon aus, daß durch die Tarifvereinbarung nur eine schon zuvor geübte Praxis festgeschrieben wurde. Zur Oblichkeit durch Tarifverträge siehe ferner KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 132ff. m. w. N.

641) Anm. AP Nr. 37 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter 2

642) § 620 BGB Rdnr. 132ff.

643) Siehe unten d, bei und in Fn. 650

handen, selbst wenn die Arbeitsverträge jeweils im Namen der Universität abgeschlossen werden. Das BAG[644] hat deshalb ein Urteil, das einen Lektor an einer Hochschule betraf, aufgehoben und zur Aufklärung zurückverwiesen, weil das LAG allein auf die Praxis in dem betreffenden Land abgestellt hatte und die Verhältnisse in anderen Bundesländern nicht geprüft hatte. Aber auch, wenn in Fällen, in denen als Arbeitgeber nur die Länder in Betracht kommen, auf alle Bundesländer abgehoben wird, bleibt es doch unbefriedigend, daß die Länder durch einheitliches, z. B. in der Kultusministerkonferenz abgesprochenes, Verhalten eine Oblichkeit schaffen oder verändern können. Oberhaupt wird i. d. R. im gesamten öffentlichen Dienst einheitlich verfahren, weshalb eine bestimmte Maßnahme in diesem Bereich fast immer - im öffentlichen Dienst - üblich ist, das Kriterium der Oblichkeit also fast leer läuft. Schon daran zeigt sich, daß die Oblichkeit ein sehr problematisches Kriterium für die Sachgerechtigkeit von Befristungen ist[645].

---

644) Urt. vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, unter II 3 a, AP Nr. 38 zu § 620 Befristeter Arbeitsvertrag

645) Derartige Fälle eines fehlenden Vergleichsmaßstabs außerhalb der Betriebe oder Verwaltungen des betreffenden Arbeitgebers wären allerdings unproblematisch, wenn man der Ansicht von FALKENBERG (DB 1971, 430 (432), C I 3) folgen wollte, daß für die Oblichkeit auf die Übung in dem betreffenden Betrieb abzustellen sei. Damit ist aber m. E. lediglich der Gleichbehandlungsgrundsatz (dazu oben bei und in Fn. 47) angesprochen, der aber für die Frage eines Sachgrundes nichts hergibt, weil sich aus diesem Gesichtspunkt allenfalls die Unzulässigkeit einer Befristung ergeben kann.

In DB 1972, 2478 (2481) führt FALKENBERG in einer Zusammenfassung der BAG-Rechtsprechung zu Unrecht aus, daß eine "betriebliche Übung" (es ist anscheinend nicht das Rechtsinstitut der Betriebsübung gemeint) Indiz für die Zulässigkeit von Befristungen sein könne. Dies entspricht nicht der Rechtsprechung des BAG, das auf eine "Oblichkeit im Arbeitsleben" abstellt und nicht auf die Oblichkeit im Betrieb des Arbeitgebers.

d) Berechtigung der Oblichkeit

Selbstverständlich werden der Berücksichtigung der Oblichkeit insofern Grenzen gesetzt, als es auf die Oblichkeit nicht ankommt, wenn ein Verstoß gegen zwingendes Recht vorliegt[646]. Durch das Erfordernis eines Sachgrundes kann die Heranziehung der Oblichkeit aber nicht begrenzt werden, weil gerade für die Frage, ob ein Sachgrund vorliegt, die Oblichkeit herangezogen wird. Somit wird ein Verstoß gegen zwingendes Recht höchst selten in Betracht kommen. Da es aber nicht angängig ist, daß ein schlechter Brauch sich selbst legitimieren kann, muß die Berücksichtigung der Oblichkeit noch anderen einschränkenden Kriterien unterworfen werden. Der 2. Senat des BAG nimmt neuerdings in ständiger Rechtsprechung[647] eine solche Einschränkung in der Weise vor, daß die Oblichkeit im Arbeitsleben nur insoweit zu berücksichtigen sei, als sie nach Auffassung verständiger und verantwortungsbewußter Vertragspartner berechtigt ist[648]. Bei manchen Urteilen[649] findet das Unbehagen an dem Kriterium der Oblichkeit dadurch Ausdruck, daß besonders betont wird, daß die Oblichkeit nur ein Indiz unter anderen ist.

---

646) Vgl. BAG Urt. vom 21.4.77, 2 AZR 125/76, EzA Nr. 1 zu § 60 BAT = SAE 1978, 19, unter 1, wo nach Feststellung der auf Tarifvertrag beruhenden Oblichkeit geprüft wird, ob ein Verstoß gegen zwingende Vorschriften vorliegt.

647) Urt. vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, Leitsatz 2a, sowie unter II 2 und II 4, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; 16.6.76, 2 AZR 630/74, unter II 4, AP Nr. 40 a. a. O.; 21.5.81, 2 AZR 1117/78, unter II 1, DB 1981, 2080.

648) Zustimmend KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 129 und 131. Eine schwächere Einschränkung wendet FALKENBERG an, der auf die Oblichkeit in dem betreffenden Betrieb abstellt (dazu Fn. 645). Er verlangt, daß die "betriebliche Obung durch schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers gedeckt ist" (DB 1971, 430 (433), unter C I 3). M. E. ist diese Einschränkung viel zu schwach, weil demnach jedes, auch geringe, schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers ausreichen würde, und zwar auch gegenüber starken entgegengesetzten Interessen des Arbeitnehmers. Die Oblichkeits-Formel von FALKENBERG öffnet Befristungen Tür und Tor, indem die vom Arbeitgeber leicht herbeizuführende betriebliche Oblichkeit mit dieser einseitig auf Arbeitgeberinteressen abstellenden, viel zu schwachen Einschränkung verbunden wird.

649) Z. B. LAG Frankfurt Urt. vom 4.7.78, 9 Sa 1342/77, AuR 1979, 284

JOBS/BADER[650] wollen den Widerspruch zwischen dem Abstellen auf die Oblichkeit einerseits und dem Erfordernis einer Berechtigung der Oblichkeit andererseits in der Weise lösen, daß sie die Oblichkeit so interpretieren, daß sie nur Bedeutung hat, wenn sie durch Tarifverträge indiziert wird. Daß es sich um eine als berechtigt anzuerkennende Oblichkeit handeln müsse, bedeute, "daß damit letztlich die von der Rechtsprechung allgemein oder branchenspezifisch als sachlich gerechtfertigt anerkannten Typen von befristeten Arbeitsverträgen angesprochen sind." Deshalb käme auch "eine Beweiseerhebung zur Frage der Oblichkeit ... grundsätzlich nicht in Betracht." In der Tat muß die BAG-Rechtsprechung wohl in dieser Weise gedeutet werden. Es handelt sich aber um ein Musterbeispiel für einen logischen Zirkel: Ob einer Befristung ein sachlicher Grund zugrundeliegt, hängt davon ab, ob die Befristung berechtigterweise üblich ist. Und berechtigterweise üblich ist sie (nur) dann, wenn ein von der Rechtsprechung anerkannter Sachgrund besteht. Praktische Bedeutung hat die Oblichkeit nach JOBS/BADER aber, wenn ein Tarifvertrag Befristungen regelt. Dann sei "in der Regel ohne nähere Prüfung des Einzelfalles davon auszugehen, daß die Befristung üblich und durch schutzwerte Interessen gerechtfertigt ist", denn die Tarifvertragsparteien könnten die Berechtigung von Befristungen am besten beurteilen.

2. Stellungnahme

Der neuen Formel des 2. Senats, die die unbedingt erforderliche Einschränkung der Berücksichtigung der Oblichkeit vornimmt, ist entgegenzuhalten, warum dann überhaupt auf die Oblichkeit abgestellt wird und das BAG es nicht beim Kriterium der "Auffassung verständiger und verantwortungsbewußter Vertragspartner"[651] bewenden läßt.

---

650) DB Beilage 21/1981, S. 2, unter I 2 a

651) Dazu, daß das Kriterium der "verständigen und verantwortungsbewußten Parteien" eine Interessenabwägung bedeutet, siehe oben III.

Daß außer dieser Interessenabwägung die Oblichkeit herangezogen wird, bedeutet - mit Ausnahme der Oblichkeit kraft Tarifvertrags, die aber m. E. nicht anzuerkennen ist - jedenfalls keine Ausweitung der sachlich gerechtfertigten Fälle, da die Oblichkeit nur dann berücksichtigt wird, wenn sie aufgrund einer Interessenabwägung als berechtigt erscheint[652].

Umgekehrt kann aus fehlender Oblichkeit auch nicht geschlossen werden, daß die Befristung unzulässig ist, denn sonst könnten sich keine neuen Fallgruppen zulässiger Befristungen entwickeln, die aber etwa bei neuen Aufgaben oder geänderten wirtschaftlichen Strukturen ("Produktionsverhältnissen") erforderlich werden können[653].

Die Frage, ob die Befristung üblich ist, kann deshalb m. E. nur die Bedeutung haben, daß, wenn nicht besondere Umstände vorliegen[654], nicht befristet werden darf, falls für eine derartige Tätigkeit üblicherweise unbefristet eingestellt

---

652) In diesem Sinne auch BARWASSER, der in DB 1977, 1944 (1945) die Ansicht vertritt, daß nach der bundesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zu der "Obung" ein sachlicher Grund hinzutreten müsse. Demgegenüber kann eine Äußerung von A. HUECK (ArbR I, § 55 III 6, S. 537, Fn. 39), daß "auch ein allgemeiner Brauch", z. B. bei Bühnendienstverträgen, für die sachliche Rechtfertigung von Bedeutung sein könne, in ihrem Kontext so verstanden werden, daß die Zulässigkeit einer Befristung sich auch allein aus der Oblichkeit ergeben könne.

653) Deshalb ist auch die Ausführung von PESTALOZZA in seiner Anm. SAE 1974, 162, abzulehnen, daß "Oblichkeit im Arbeitsleben" und Gepflogenheiten "verständiger und verantwortungsbewußter Parteien" möglicherweise gemeinsam vorliegen müßten.

654) Vgl. oben II 4 zur Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls.

wird[655)656)]. Demgegenüber hat eine Übung, zu befristen, neben der Interessenabwägung keine Bedeutung[657)]. Eine so gehandhabte Üblichkeitsprüfung kann man als Bestandteil der Interessenabwägung verstehen: Wenn unbefristete Beschäftigung üblich ist, so zeigt dies, daß dem Arbeitgeber der Verzicht auf eine Befristung zumutbar ist, weshalb das Interesse des Arbeitnehmers an unbefristeter Einstellung überwiegt.

---

655) Zu einem ähnlichen Ergebnis führt auch die Formulierung von WIEDEMANN/PALENBERG unter I 1 der Anm. AP Nr. 46 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, daß die anerkannten Fallgruppen auf einer "zu Recht bestehenden Üblichkeit" beruhten. Dabei müßte nach meinen obigen Ausführungen (unter II 1 c) die Frage des "zu Recht" im Wege der Interessenabwägung geklärt werden. Nicht übliche Befristungen wären nach der Formel von WIEDEMANN/PALENBERG unabhängig von der Interessenlage unzulässig, was aber m. E. nicht akzeptabel ist, weil die Möglichkeit offen bleiben muß, daß bei neu entstehenden Bedürfnissen für Befristungen sich auch neue Fallgruppen herausbilden können. Deshalt halte ich es für richtiger, nicht zu verlangen, daß der Befristungsgrund üblich ist, sondern darauf abzustellen, ob bei den betreffenden Umständen unbefristete Beschäftigung üblich ist; bei neu auftretenden Interessenkonstellationen ist die Zulässigkeit dann vom Üblichkeitsgesichtspunkt unabhängig.

656) In einem solchen Sinn gebraucht KR-HILLEBRECHT den Üblichkeitsbegriff in Rdnr. 129 zu § 620 BGB (überschrieben mit "Betriebliche Übung"). Im Text dieses Abschnitts stellt HILLEBRECHT trotz der anderslautenden Oberschrift zu Recht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz ab. Gleichbehandlungsprobleme sollte man aber m. E. nicht unter dem Terminus der Üblichkeit behandeln, weil dieser Begriff sonst noch mehr verschwimmt.

657) Ähnlich PESTALOZZA, a. a. O. (Fn. 653), unter 2 d, a. E., nach dessen Ansicht die Üblichkeit allenfalls im Rahmen eines Anscheinsbeweises zugunsten des (nach der Rechtsprechung des BAG beweispflichtigen - siehe dazu Fn. 57 -) Arbeitnehmers von Bedeutung sein kann. Diese Meinung unterscheidet sich von meinen Ausführungen dadurch, daß PESTALOZZA nur auf der prozessualen Ebene berücksichtigen will, was m. E. auch in die materiellrechtliche Prüfung Eingang finden kann.

Eine größere Bedeutung wird der Üblichkeit von KOCH (BB 1978, 1218 (1221), bei Fn. 79) eingeräumt. Nach Ansicht von KOCH ist die Üblichkeit "allenfalls" ein Indiz für die Zulässigkeit der Befristung. Demgegenüber bin ich mit der im Text dargelegten Begründung der Meinung, daß aus der Üblichkeit keinesfalls - auch nicht neben anderen Merkmalen oder als Indiz - die Zulässigkeit, sondern allenfalls aus der fehlenden Üblichkeit die Unzulässigkeit gefolgert werden kann.

Von einem Teil der Literatur wird der Oblichkeit jegliche Relevanz abgesprochen[658]. Diese Ansicht führt in aller Regel zum gleichen Ergebnis wie der von mir als möglich dargestellte Einsatz des Oblichkeitsbegriffs, denn wenn unbefristete Beschäftigung üblich ist, wird man keine so starken Interessen des Arbeitgebers finden, daß die Interessenabwägung für eine Zulässigkeit der Befristung spricht. Um die Feststellung im Einzelfall, ob ein Sachgrund vorliegt, nicht komplizierter zu machen als unbedingt nötig, halte ich es für das beste, auf das Kriterium der Oblichkeit zu verzichten. Sofern man aber dieses Merkmal weiterhin verwenden will, kann dies sinnvoll nur in der oben dargelegten Weise als einschränkendes Kriterium für die Zulässigkeit von Befristungen erfolgen.

D. Zeitpunkt, zu dem der ausreichende sachliche Grund vorliegen muß

I. Ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder des Fristablaufs abzustellen?

1. Rechtsprechung

a) BAG

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist bei der Frage der sachlichen Rechtfertigung allein auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen[659]. Erst während der Laufzeit des Vertrages eintretende Umstände, aus denen sich etwa die

---

658) WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (89), unter I 2 b.

659) BAG Beschluß vom 12.10.60, GS 1/59 (3 AZR 65/56), unter D 1, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 5R; Urt. vom 5.5.61, 1 AZR 65/56, unter II 2, AP Nr. 17 a. a. O., Bl. 3 und 3R; 8.3.62, 2 AZR 497/61, AP Nr. 22 a. a. O.; 3.5.62, 2 AZR 451/61, Leitsatz 1 und unter III b, AP Nr. 23 a. a. O.; 3.7.70, 2 AZR 380/69, unter 3 b, AP Nr. 33 a. a. O., Bl. 2; 31.10.74, 2 AZR 483/73, unter II 1, AP Nr. 39 a. a. O.; Beschl. vom 20.6.78, 1 ABR 65/75, DB 1978, 2033; Urt. vom 24.10.79, 5 AZR 851/78, AP Nr. 49 a. a. O.; 25.1.80, 7 AZR 69/78, unter 2, AP Nr. 52 a. a. O., Bl. 2; 19.8.81, 7 AZR 252/79, unter II, DB 1982, 123 (124); 30.9.81, 7 AZR 467/79, unter 2, AP Nr. 62 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

Möglichkeit einer Dauerbeschäftigung ergibt, können demnach nichts mehr an der für die Zeit des Vertragsabschlusses festgestellten Zulässigkeit oder Unzulässigkeit ändern, unabhängig davon, ob die Befristung aus der späteren Sicht erforderlich oder angemessen erscheint. Das BAG begründet seine Auffassung mit den Erfordernissen der Rechtsklarheit[660] und der Rechtssicherheit[661].

b) Landesarbeitsgerichte

Während das LAG Berlin[662] der Auffassung des BAG folgt, will das LAG Düsseldorf[663] allein darauf abstellen, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten ist. Die abweichende Auffassung des LAG Düsseldorf ergibt sich daraus, daß nach Ansicht des erkennenden Gerichts das Kündigungsschutzrecht auf befristete Arbeitsverträge analog anzuwenden ist[664].

2. Literatur

Für diejenige Auffassung, nach der die Befristungsproblematik durch analoge oder unmittelbare Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften unabhängig vom Vorliegen eines sachlichen Grundes

---

660) Urt. vom 3.5.62, a. a. O. (Fn. 659)

661) Urt. vom 31.10.74, a. a. O. (Fn. 659)

662) Urt. vom 29.6.67, 6 Sa 15/67, AP Nr. 29 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R

663) Urt. vom 3.5.77, 18 Sa 169/77, DB 1977, 2380

664) Eine solche Analogie wurde vom BAG unter Aufhebung des Urteils des LAG Düsseldorf ausdrücklich abgelehnt im Urteil vom 29.8.79, 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Siehe zum Lösungsansatz der Analogie oben 1. Teil A II 4.

zu lösen ist[665], stellt sich die Frage gar nicht, ob eine Befristung zulässig ist und auf welchen Zeitpunkt es hierbei ankommt. Vielmehr unterliegt die Befristung nach dieser Ansicht keinen Einschränkungen, führt aber in wichtigen Punkten auch zu keinen anderen Rechtsfolgen als ein unbefristeter Arbeitsvertrag, da bei Auslaufen des Zeitvertrages zumindest das Kündigungsschutzgesetz anwendbar sein soll.

Bei denjenigen Literaturstimmen, die nicht diesem Lösungsansatz folgen, überwiegt die Auffassung, daß nur der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich sei[666]. MünchKomm-SCHWERDTNER[667] begründet dies damit, daß der Arbeitgeber bei der Auswahl eines befristet einzustellenden Arbeitnehmers weniger Sorgfalt aufwende, weshalb das zunächst gerechtfertigte befristete Arbeitsverhältnis sich nicht ohne Zutun des Arbeitgebers in ein unbefristetes umwandeln dürfe. Es findet sich

---

665) Siehe zu dieser Auffassung oben 1. Teil A II 4 b. Wer eine Analogie nur für den Fall fehlender sachlicher Rechtfertigung vertritt, muß konsequenterweise den Zeitpunkt des Vertragsschlusses als maßgeblich ansehen: so eindeutig W. BLOMEYER, RdA 1967, 406 (410), unter C I 1 a bb; wohl auch BÖTTICHER, BB 1955, 673 (674), unter II. (Diese Aufsätze von BLOMEYER und BÖTTICHER werden von KOCH, BB 1978, 1218 (1220), für die entgegengesetzte Ansicht zitiert, was aber jedenfalls hinsichtlich BLOMEYER ganz eindeutig unzutreffend ist.)

666) KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 153 - 157; A. HUECK, Anm. AP Nr. 17 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter 3, Bl. 5; WIEDEMANN, Festschr. LANGE, 1970, S. 403; WOHNSEIFER, S. 80; SCHRÖTER, S. 177; SCHAUB, Handbuch, § 39 I 2, S. 157; MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 18 - 21; BARWASSER, DB 1977, 1944; BLOMEYER RdA 1967, 410; KOCH BB 1978, 1218 (1220f.);

667) § 620 BGB Rdnr. 20

jedoch auch außerhalb des "Analogie-Lagers" die Ansicht, daß eine sachliche Rechtfertigung noch zum Zeitpunkt des Fristablaufs bestehen müsse[668].

3. Stellungnahme

Es ist der Rechtsprechung und der h. L. zu folgen, wonach allein auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen ist. Dabei ist das zutreffende Argument, daß Arbeitnehmer für Befristungen möglicherweise weniger sorgfältig ausgewählt werden, nicht von entscheidender Bedeutung. Viel wichtiger ist, daß der Arbeitgeber bei eindeutig gegebenem Sachgrund befristet einstellen können sollte, ohne dabei befürchten zu müssen, daß er trotz bei Vertragsabschluß klarer Rechtslage später eventuell in schwierige Rechtsstreitigkeiten aufgrund geänderter Umstände verwickelt werden könnte. Der Arbeitgeber wird nicht ganz zu Unrecht befürchten, daß hinsichtlich der Frage, ob aufgrund geänderter Umstände das Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden kann, seine Auffassung und diejenige des zuständigen Arbeitsgerichts u. U. stark differieren könnten. Für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses läßt sich dieses Beurteilungsrisiko nicht vermeiden, aber der Wirtschaft könnten die in manchen Situationen erforderlichen Fristverträge verleidet werden, falls dieses Risiko sich während der gesamten Laufzeit des Vertrages fortsetzt und damit fast unkalkulierbar wird. Statt mancher Befristung würde dann eine Einstellung aus Furcht vor diesem Risiko völlig unterbleiben, und bei den dennoch abgeschlossenen Zeitverträgen würden zahlreiche zusätzliche Streitfälle die Justiz belasten.

---

668) GAMILLSCHEG, Festschr. MOLITOR, 1962, S. 76f., und AcP 164, 385 (392); BULLA/BUCHNER, § 9 Rdnr. 51; BULLA Anm. AR-Blattei D, Mutterschutz, Entsch. 21; DÄUBLER, ArbR, Bd. 2, S. 319; STAUDINGER/NEUMANN § 620 BGB Rdnr. 27f. (bei nicht ausreichender Dauer der Befristung soll der Arbeitgeber die automatische Umwandlung in einen unbefristeten Vertrag dadurch verhindern können, daß er die Befristung entsprechend verlängert; die Beweislast für den Wegfall des Sachgrundes soll der Arbeitnehmer tragen; ablehnend hierzu KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 156)

All dies meint wohl auch das BAG mit den Stichworten "Rechtsklarheit" und "Rechtssicherheit".

Auch bei alleinigem Abstellen auf die Zeit des Vertragsabschlusses lassen sich grob unbillige Ergebnisse durch andere Rechtsinstitute vermeiden[669], insbesondere auch durch eine u. U. bestehende Pflicht zur Fortsetzung eines befristeten Arbeitsverhältnisses nach Fristablauf[670]. Man könnte hiergegen einwenden, daß demnach der sachliche Grund de facto doch nach Vertragsabschluß entfallen kann. Dennoch ergibt sich ein bedeutender Unterscheid insofern, als ein solches Korrektiv nur in seltenen, besonders krassen Fällen eingreift. Der durchschnittliche Arbeitgeber wird diese eng umrissenen Ausnahmen nicht fürchten.

II. Die sachliche Rechtfertigung welches Vertrages ist bei mehreren aneinander anschließenden Befristungen zu prüfen?

Wenn mehrere Fristverträge aneinandergekettet worden sind, kann der letzte Zeitvertrag gerechtfertigt sein, während für eine vorangegangene Befristung u. U. kein sachlicher Grund bestand. Es stellt sich dann die Frage, ob die "Unwirksamkeit" der früheren Befristung auf den letzten Zeitvertrag durchschlägt.

Das LAG Frankfurt[671] hat diese Frage verneint. Es sei allein auf die letzte Befristung abzustellen. Hierfür spricht in der Tat die Oberlegung, daß ein fehlender Sachgrund bei einer früheren Befristung zwar zur Folge hat, daß der Arbeitgeber sich auf diese Befristung nicht berufen kann, daß er sich aber auf eine andere, nämlich die in dem letzten Zeitvertrag vereinbarte Befristung beruft.

---

669) So auch KR-HILLEBRECHT (§ 620 BGB Rdnr. 157) unter Hinweis auf "die Grundsätze des Rechtsmißbrauchs und des Vertrauensschutzes" und auf das Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung der Dauer der Befristung.

670) Siehe oben Fn. 48

671) Urt. vom 4.7.78, 9 Sa 1342/77, AuR 1979, 284

Seitens des BAG sind in dieser Frage unterschiedliche Entscheidungen ergangen. Nach einem unveröffentlichten Urteil des 2. Senats[672] ist nur der jeweils letzte Vertrag auf seine Rechtfertigung zu überprüfen. Demgegenüber hat der 7. Senat entschieden[673], daß es nicht darauf ankomme, welcher Vertrag in einer Reihe von Befristungen nicht gerechtfertigt ist. Bei Unwirksamkeit einer früheren Befristung könne eine spätere Fristvereinbarung "nur dann rechtliche Bedeutung gewinnen, wenn die Parteien damit das bestehende Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag aufgehoben und gleichzeitig einen neuen befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hätten." In diesem Sinn will der Senat aber die letzte Befristung nicht auslegen, weil nicht davon auszugehen sei, daß der Arbeitnehmer freiwillig auf den Kündigungsschutz verzichtet hat. In späteren Urteilen hat der gleiche Senat des BAG wiederholt, daß bei mehreren nacheinander abgeschlossenen Zeitverträgen ein sachlicher Grund für jeden einzelnen Vertrag gegeben sein muß, damit die letzte Befristung Bestand hat[674]. Diese Ansicht vertritt der diesem Senat angehörende Bundesrichter JOBS auch in einem Literaturbeitrag[675].

Die Position des 7. Senats in dieser Frage ist m. E. aus dogmatischen Gründen nicht haltbar[676]. Um das nach unzulässiger Befristung bestehende - de facto unbefristete - Arbeitsverhältnis in ein wiederum befristetes umzuwandeln, ist keine Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses erforderlich,

---

672) Urt. vom 24.7.80, 2 AZR 1027/78, unveröff., zitiert von JOBS/BADER, DB Beilage 21/1981, in Fn. 28

673) Urt. vom 7.3.80, 7 AZR 177/78, unter I 5, AP Nr. 54 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 5

674) Urt. vom 19.8.81, 7 AZR 252/79, unter II a. E., DB 1982, 123 (124); Leitsatz 1 des Urteils vom 30.9.81, 7 AZR 467/79.

675) JOBS/BADER, DB Beilage 21/1981, unter I 4 c, S. 3

676) Es hat den Anschein, daß auch der erkennende Senat von der Tragfähigkeit seiner Konstruktion nicht überzeugt ist, denn nur das in Fn. 673 zitierte Urteil enthält die genannte Begründung für die Position des Gerichts. Die in Fn. 674 zitierten späteren Urteile enthalten sich jeder Begründung in dieser Frage und zitieren nicht einmal das frühere Urteil.

sondern lediglich eine Befristungsabrede, die von den Parteien durch den neuen Fristvertrag getroffen wurde. Es hilft auch nicht der Einwand von JOBS/BADER[677], der Wille des Arbeitnehmers sei aufgrund seiner Interessenlage nach §§ 133, 157 BGB nicht dahingehend auszulegen, daß der bei Abschluß der erneuten Fristvereinbarung bestehende unbefristete Vertrag abgelöst werden solle, denn der Arbeitnehmer muß sich hier an der objektiven Bedeutung seiner Befristungserklärung festhalten lassen, ein entgegenstehender Wille unterfiele als geheimer Vorbehalt § 116 S. 1 BGB. Die erneute Befristung ist deshalb wie die Vereinbarung einer Befristung während des Bestehens eines von vornherein unbefristeten Arbeitsverhältnisses zu behandeln, die bei sachlicher Rechtfertigung der Fristvereinbarung zulässig ist[678].

Rechtspolitisch erscheint die Auffassung des BAG allerdings durchaus sinnvoll, Solange der Arbeitnehmer bei einem Kettenarbeitsverhältnis noch mit weiteren Verlängerungen des Arbeitsverhältnisses rechnen kann, wird er es i. d. R. nicht wagen, die Unwirksamkeit einer Befristung geltend zu machen, um nicht das Arbeitsklima zu belasten. Frühere unzulässige Befristungen bleiben dann sanktionslos, wenn für diejenige Fristvereinbarung, mit der der Arbeitgeber den Beschäftigten tatsächlich "loswerden" will, ein sachlicher Grund gegeben ist.

E. Offenlegung des Sachgrunds bei Vertragsabschluß

Dieses Problem stellt sich nicht bei Zweckbefristungen[679], denn schon aus Gründen der Rechtsklarheit[780] ist zum Zustan-

---

677) a. a. O. (Fn. 675)

678) Die Parallele zur Befristung während des Bestehens eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zieht auch das LAG Frankfurt a. a. O. (Fn. 671). Zur Befristung während eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses siehe auch oben B VII.

679) Zum Begriff siehe unten 2. Teil A III 2

680) So KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 59

dekommen einer Zweckbefristung erforderlich, daß der Zweck für den Arbeitnehmer erkennbar ist[681].

I. Rechtsprechung

Das LAG Baden-Württemberg hat 1979 behauptet[682], es entspreche ständiger Rechtsprechung des BAG, daß befristete Arbeitsverträge nur dann zulässig seien, wenn die Befristung und deren Dauer sachlich gerechtfertigt seien "und der Arbeitnehmer erkennen konnte, daß er angesichts der offengelegten Gründe nicht auf Dauer beschäftigt werden kann." Das BAG hat jedoch ein derartiges Erfordernis auf Arbeitnehmerseite nie aufgestellt. Lediglich für den Sonderfall befristeter Probearbeitsverhältnisse hat der 7. BAG-Senat[683] zwei Jahre nach diesem LAG-Urteil verlangt, daß der Erprobungszweck Vertragsinhalt werden muß - bloße Erkennbarkeit dieses Zwecks für den Arbeitnehmer soll nicht ausreichen[684].

Aber auch das LAG Frankfurt und das LAG Berlin halten offenbar Kenntnis des Arbeitnehmers vom Sachgrund für erforderlich. Das LAG Frankfurt meint, die Wirksamkeit einer Befristung hänge nicht davon ab, daß der Befristungsgrund im Vertrag genannt wird, sondern es genüge, "daß die objektive Lage und die Interessen des Arbeitgebers, die der Befristung zugrundelagen, für den Arbeitnehmer erkennbar waren"[685]. Das

---

681) Vgl. unten 2. Teil A III 2

682) Urt. vom 27.4.79, 5 Sa 18/79, unter a), JZ 1979, 649

683) Urt. vom 30.9.81, 7 AZR 789/78, Leitsatz 1 und unter 5. der Gründe. Dieses Urteil beruft sich zu Unrecht auf die BAG-Entscheidung vom 10.1.80, 2 AZR 25/78, unter IV 3 b, AP Nr. 56 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, denn dort wird ein derartiges Erfordernis nicht aufgestellt, sondern ein Probezweck wird im konkreten Fall deshalb verneint, weil bereits eine Probezeit vorausgegangen war, der Arbeitnehmer sich bewährt hatte und ein Bedürfnis für eine weitere Erprobung nicht erkennbar war.

684) Ich halte dieses Erfordernis auch in diesem Sonderfall für verzichtbar, siehe unten 3. Teil C I 4 a bb, a. E.

685) LAG Frankfurt Urt. vom 26.8.80, 7 Sa 1349/79, AuR 1981, 218

LAG Berlin hat ausgeführt, wenn der Arbeitnehmer einen befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen habe, ohne sich nach den Gründen für die Befristung zu erkundigen, könne der Schluß gezogen werden, daß diese Gründe ihm bekannt waren[686].

II. Literatur

In der Literatur findet die Auffassung dieser Landesarbeitsgerichte wenig Unterstützung. Lediglich BARWASSER[687] will eine Befristung schon dann als unzulässig ansehen, wenn deren Gründe dem Arbeitnehmer nicht vor Vertragsabschluß mitgeteilt wurden oder ohne weiteres erkennbar waren. Dadurch soll der Arbeitnehmer in die Lage versetzt werden, "sich mit den Argumenten des Arbeitgebers auseinanderzusetzen und frei zu entscheiden, ob er in Kenntnis der Gründe für die Befristung gleichwohl kontrahieren will."

BLOMEYER[688] verlangt für die Nichtanwendbarkeit des Mutterschutzgesetzes bei Befristungen, daß die Arbeitnehmerin den sachlichen Grund kennt. Für die Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes soll diese Kenntnis nicht erforderlich sein. BLOMEYER begründet seine Ansicht damit, daß das Mutterschutzgesetz nach der BAG-Rechtsprechung[689] bezweckt, daß die werdende Mutter "nicht unnötig beunruhigt und psychologisch belastet werden" soll.

WIEDEMANN[690] führt aus, soweit sich die sachliche Beschränkung und der Ausnahmecharakter nicht von selbst aufdrängten,

---

686) Urt. vom 29.6.67, 6 Sa 15/67, AP Nr. 29 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2/2R

687) DB 1977, 1944 (1946), unter VII

688) RdA 1967, 406 (412f.)

689) BAG Urt. vom 8.6.55, 2 AZR 14/54, AP Nr. 2 zu § 9 MuSchG

690) Festschr. LANGE, 1970, S. 395 (406)

bestehe eine diesbezüglich Hinweispflicht. Aus den Darlegungen von WIEDEMANN ist aber nicht ersichtlich, ob die Verletzung dieser Pflicht zu irgendwelchen Rechtsfolgen führen soll. Ähnlich sieht EICH[691] den Arbeitgeber als verpflichtet an, dem Arbeitnehmer vor Vertragsabschluß die Befristungsgründe mitzuteilen, ohne Folgerungen aus einer Verletzung dieser Pflicht zu nennen.

HARTUNG[692] lehnt die Ausführungen von BARWASSER ab und wendet zu Recht ein, daß die Kenntnis den Arbeitnehmer nicht in seiner Entscheidung freier macht. Auch KR-HILLEBRECHT[693] ist der Auffassung, daß das Bestehen eines Sachgrundes nicht davon abhängt, ob der Arbeitnehmer die Beweggründe kennt.

III. Stellungnahme

HARTUNG ist darin zuzustimmen, daß es für die Entscheidung des Stellungssuchenden nicht darauf ankommen wird, ob ihm die Gründe des Arbeitgebers einleuchten. Für den Arbeitnehmer wird lediglich maßgebend sein, ob er eine günstigere Offerte hat, wobei er die Günstigkeit nicht nur nach der Befristungsklausel, sondern auch beispielsweise nach der Höhe des Verdienstes, den Arbeitsbedingungen und der Entfernung des Arbeitsplatzes von seiner Wohnung beurteilen wird.

Das Argument von BLOMEYER ist noch weniger überzeugend als die Begründung BARWASSERS. Die werdende Mutter wird durch das bevorstehende Auslaufen ihres Fristvertrages wohl kaum deshalb psychologisch weniger belastet werden, weil sie den Sachgrund kennt[694].

---

691) DB 1978, 1789
692) DB 1979, 1275
693) § 620 BGB Rdnr. 151f.
694) Ähnlich KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 152

Ein Interesse des Arbeitnehmers an der Kenntnis der Befristungsgründe besteht weniger bei Vertragsabschluß als vielmehr dann, wenn er erwägt, die Unwirksamkeit der Befristung geltend zu machen bzw. Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Befristung zu erheben. Seine Interessenlage entspricht insoweit derjenigen eines ordentlich gekündigten Arbeitnehmers bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes nach dem KSchG, der analog § 626 II 3 BGB verlangen kann, daß der Arbeitgeber ihm den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilt[695]. Deshalb wäre es richtig, dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer analog § 626 II 3 BGB einen Anspruch auf Mitteilung der Befristungsgründe auf sein Verlangen zu geben. Falls der Arbeitgeber diese Verpflichtung verletzt, ist er schadensersatzpflichtig, muß den Arbeitnehmer also so stellen, wie er stünde, wenn er den Befristungsgrund rechtzeitig gekannt hätte, wobei insbesondere Prozeßkosten als zu ersetzender Schaden in Betracht kommen[696]. Angesichts dieser sich anbietenden Analogie wäre es überschießend, unter der Sanktionsdrohung der Unzulässigkeit der Befristung eine Bekanntgabe des Sachgrundes vor Abschluß des Fristvertrages zu verlangen.

---

695) ZÖLLNER, ArbR, § 22 I 5, S. 182, m. N. auch zu der weitergehenden Auffassung, daß der Arbeitgeber den Kündigungsgrund bereits bei Erklärung der Kündigung nennen müsse.

696) Vgl. ZÖLLNER a. a. O. (Fn. 695)

2. TEIL: BEFRISTUNGSARTEN EINSCHLIESSLICH DER AUFLÖSENDEN BEDINGUNG

A. Übersicht über die Formen der Befristung i. w. S.

I. Auflösende Bedingung

Eine auflösende Bedingung liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis mit dem Eintritt eines Ereignisses enden soll, von dem ungewiß ist, ob es überhaupt jemals eintritt[697]. Ein Beispiel hierfür ist eine Beschäftigung, die mit der Rückkehr eines schwer erkrankten Arbeitnehmers von selbst enden soll[698]. Ein weiteres Beispiel ist eine Vertragsgestaltung, die an Sonderforschungsbereichen von Universitäten bei sog. Drittmittelprojekten (die durch Dritte, z. B. die Deutsche Forschungsgemeinschaft oder Privatunternehmen, finanziert werden) vorkommt: Neben einer kalendarischen Befristung enthält der Arbeitsvertrag die zusätzliche Klausel, daß das Arbeitsverhältnis bei Wegfall der Drittmittel automatisch endet. Arbeitsverträge mit Ehefrauen zur Unterstützung des Ehemanns, z. B. bei Hausmeisterehepaaren, werden häufig mit der auflösenden Bedingung abgeschlossen, daß das Arbeitsverhältnis der Ehefrau bei Beendigung des Arbeitsvertrages des Ehemannes ebenfalls endet[699].

Ein auflösend bedingtes Arbeitsverhältnis setzt auf jeden Fall - ungeachtet der Frage, welche weiteren Anforderungen bestehen, und ob die Zulässigkeit solcher Klauseln nicht überhaupt zu verneinen ist - voraus, daß der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung sich objektiv eindeutig feststellen läßt, also

---

697) Unten III 2 Näheres und Nachweise hierzu, insbesondere auch zur Abgrenzung gegenüber der Zweckbefristung.

698) SCHAUB, Handbuch, § 41 II

699) BOPP S. 21 unter 1.3; um einen derartigen Fall (Ehefrau eines Melkers) handelt es sich auch bei dem BAG-Urteil vom 17.5.62, 2 AZR 354/60, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Bedingung (mit zust. Anm. von A. HUECK).

nicht einer mehr oder weniger willkürlichen Bestimmung durch den Arbeitgeber unterliegt[700]. Eine solche Bedingung kann sich auch nur aus einer ausdrücklichen, klar erkennbaren Vereinbarung ergeben, und nicht aus ergänzender Vertragsauslegung[701].

Oblicherweise werden auflösend bedingte Arbeitsverträge als Unterfall befristeter Arbeitsverträge angesehen[702]. Eine Rechtfertigung für diesen mißverständlichen Sprachgebrauch kann man darin sehen, daß bei auflösenden Bedingungen die Lage des Arbeitnehmers weitgehend derjenigen bei durch den Zweck des Arbeitsverhältnisses befristeten Verträgen entspricht, und daß nach der noch h. M., die auflösend bedingte Arbeitsverträge nicht als schlechthin unzulässig ansieht, bei auflösenden Bedingungen die gleichen Grundsätze wie bei Befristungen i. e. S. anzuwenden sind. Allerdings besteht damit eine Abweichung vom allgemeinen juristischen Sprachgebrauch, demzufolge Befristung und Bedingung sich gegenseitig ausschließen. Da jedoch kein geeigneter Oberbegriff für Befristung und Bedingung ersichtlich ist[703], schließe ich mich der üblichen Terminologie an und verstehe unter Befristungen auch auflösende Bedingungen. Wenn auflösende Bedingungen gerade nicht gemeint sind, kennzeichne ich dies durch die Bezeichnung "Befristungen i. e. S."

---

700) LAG Bremen Urteil vom 17.9.58, 2 Sa 60/58, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Bedingung. "Besondere Gründe" und "Unrentabilität" können deshalb nach diesem Urteil nicht zu auflösenden Bedingungen erhoben werden. Siehe auch KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 56.

701) STAUDINGER/NEUMANN Rdnr. 20 vor § 620 BGB; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 57 unter Hinweis auf BAG Urt. vom 10.1.80, 2 AZR 555/78

702) BAG Urt. vom 17.5.62, 2 AZR 354/60, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Bedingung und A. HUECK in seiner Anm. ebenda; FALKENBERG DB 1979, 590, m. N.; MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 65, m. N.; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 51

703) STAUDINGER/NEUMANN, § 620 BGB, verwendet den Oberbegriff "Verträge auf bestimmte Zeit", der aber in Richtung auf kalendermäßig bestimmte Befristungen mißverständlich ist, während er gerade auch Zweckbefristungen und auflösende Bedingungen mit umfassen soll.

II. Vorweggenommener oder bedingter Aufhebungsvertrag

Das BAG hat 1971 vertragliche Altersgrenzen für Arbeitsverhältnisse als "vorweggenommenen Aufhebungsvertrag" eingeordnet[704]. Ein Teil der Literatur hat sich dieser Ansicht angeschlossen. Dem kann nicht gefolgt werden. Jede Befristung oder Bedingung enthält in einem weiten Sinn einen Aufhebungsvertrag. Eine Unterscheidung zwischen Befristung (i. w. S.) und Aufhebungsvertrag ist deshalb nur insoweit sinnvoll, als unterschiedliche Rechtsfolgen mit der Differenzierung verknüpft werden und Kriterien für die Unterscheidung genannt werden können. Dem wurde bei den obigen (1. Teil B VII) Ausführungen zum Aufhebungsvertrag Rechnung getragen. Bei Anwendung dieser Kriterien sind Altersgrenzevereinbarungen m. E. eindeutig als Befristungen (i. e. S.[705]) einzuordnen. Da das (Schein-)Problem der Einordnung als Befristung oder vorweggenommener Aufhebungsvertrag bisher nur im Zusammenhang mit Altersgrenzeklauseln angesprochen worden ist, setze ich mich mit dieser Frage ausführlicher unten[706] bei der Erörterung des Sachgrundes "Altersgrenze" auseinander.

Das BAG unterscheidet ferner zwischen auflösend bedingten Arbeitsverträgen und Arbeitsverträgen mit bedingtem Aufhebungsvertrag[707]. Da auch bei der zweiten Alternative die Befristungsgrundsätze anwendbar sein sollen[708], ist diese Unterscheidung unsinnig: Sie führt weder zu unterschiedlichen Rechts-

---

704) Urt. vom 25.3.71, 2 AZR 185/70, AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG 1952

705) Nicht als auflösende Bedingung, siehe unten 3. Teil C I 2 a aa

706) a. a. O. (Fn. 705)

707) Das BAG bezeichnet im Urteil vom 19.12.74, 2 AZR 565/73, AP Nr. 3 zu § 620 BGB Bedingung, unter B I, eine auflösende Bedingung (Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitnehmer nach Urlaubsende die Arbeit nicht wieder am vereinbarten Tag aufnimmt) als "bedingten Aufhebungsvertrag". Auch KR-HILLEBRECHT gebraucht diesen Begriff (§ 626 BGB Rdnr. 32 und § 620 BGB Rdnr. 53).

708) BAG a. a. O. (Fn. 707), unter B I und II der Gründe.

folgen, noch ist ein Kriterium ersichtlich, nach dem die Differenzierung vorzunehmen sein könnte. Da auch während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses geschlossene "Aufhebungsverträge", die einer Bedingung unterliegen, nur beim Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig sind[709], kann der Begriff des "bedingten Aufhebungsvertrags" nur zu Verwirrung führen und sollte deshalb aus dem arbeitsrechtlichen Vokabular gestrichen werden.

Nach alledem sind Aufhebungsverträge nicht eine besondere Form der Befristung, sondern in der - allein sinnvollen - engen Begriffsbedeutung handelt es sich um eine rechtliche Gestaltung außerhalb der befristeten Arbeitsverträge, weshalb auch ein Sachgrunderfordernis nicht besteht. Für die Abgrenzung gelten die obigen (1. Teil B VII) Ausführungen. Dieses Abgrenzungsproblem besteht nur gegenüber Befristungen i. e. S., die während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses mit dem gleichen Arbeitgeber getroffen werden. Wollte man den Begriff des Aufhebungsvertrages in einem - dogmatisch nichtsnutzigen - weiten Sinn verstehen, so wären alle Befristungen i. w. S. hiervon erfaßt. Auch bei diesem Begriffsinhalt könnten Aufhebungsverträge nicht als eine Form der Befristung bezeichnet werden.

III. Befristung i. e. S.

1. Fälle des § 620 I BGB ("Ablauf der Zeit")

Gemäß § 620 I BGB endet das Dienstverhältnis mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist. Dieser Ablauf der Zeit

---

709) Die Privilegierung echter Aufhebungsverträge hinsichtlich des Sachgrunderfordernisses gilt nicht, wenn die Aufhebung nur unter einer Bedingung eintreten soll, vgl. oben 1. Teil B VII.

kann durch ein bestimmtes Kalenderdatum oder durch eine bestimmte Frist festgelegt sein[710].

KR-HILLEBRECHT[711] sieht auch Anstellungen für die Dauer einer Saison oder für eine Kampagne als zeitlich befristet - also nicht zweckbefristet i. S. d. § 620 II BGB - an, "wenn das Ende der Saison oder der Kampagne mit einem Spielraum von nur wenigen Tagen im voraus zu erkennen ist." M. E. ist auch ein relativ geringer "Spielraum" bei zeitlichen Befristungen nicht möglich. Eine solche Befristungsklausel kann deshalb nur unter dem Gesichtspunkt der Zweckbefristung und nach den für diese Befristungsart zu stellenden verschärften Rechtmäßigkeitsanforderungen[712] wirksam sein.

2. In § 620 II BGB erwähnte Fälle (Zweckbefristung)

Aus § 620 II BGB ergibt sich, daß der Beendigungszeitpunkt befristeter Arbeitsverhältnisse auch "aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen" sein kann. Dabei scheint das Merkmal der "Beschaffenheit" keine selbständige Bedeutung zu haben; alle mir bekannten Fälle lassen sich dem Begriff der Zweckerreichung unterordnen. Ein typisches Beispiel für eine Zweckbefristung ist die Einstellung bis zur Beendigung der Maurer- und Putzarbeiten auf einer bestimmten Baustelle[713]. Saisonarbeitsverhältnisse können durch einen bestimmten Endtermin oder durch den Zweck, nämlich die nicht

---

710) OTTE, S. 22, und STAUDINGER/NEUMANN, § 620 BGB Rdnr. 12, fassen beide Fälle des § 620 I BGB unter den Begriff "kalendermäßige Befristung". Diese Bezeichnung läßt aber eher nur an die Befristung bis zu einem bestimmten vereinbarten Kalenderdatum denken.

711) § 620 BGB Rdnr. 50

712) Hierzu unten B II 4

713) Siehe BAG Urt. vom 20.5.76, 2 AZR 202/75, AP Nr. 4 zu § 305 BGB, und die hinsichtlich der Zulässigkeit der Zweckbefristung zust. Anm. BEITZKE, SAE 1976, 210. Zahlreiche weitere Beispiele für Zweckbefristungen bei STAUDINGER/NEUMANN, § 620 BGB Rdnr. 18 - 20.

kalendarisch festgelegte Dauer der Saison, befristet sein[714].

Für eine Zweckbefristung ist zum einen erforderlich, daß der Zweck, der zwar nicht ausdrücklich im Vertrag festgelegt sein muß, sich für beide Teile erkennbar aus dem Vertragsinhalt ergibt[715]. Die Streitfrage, ob Kenntnis des Arbeitnehmers von den Gründen der Befristung für die sachliche Rechtfertigung erforderlich ist[716], stellt sich demnach bei Zweckbefristungen nicht[717]. Ferner muß eindeutig sein, daß dieser Zweck nicht nur Motiv der Einstellung ist, sondern daß das Arbeitsverhältnis hierdurch befristet sein soll[718]. Drittens muß die Erreichung des Zwecks nach ganz h. M. für beide Parteien unzweifelhaft und ohne Heranziehung von Sachverständigen möglich sein[719]. Sind diese Voraussetzungen, die im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit erforderlich

---

714) MünchKomm-SCHWERDTNER, § 620 BGB Rdnr. 68, führt zwar aus, es sei zweifelhaft, ob Saisonarbeitsverhältnisse unter die Zweckbefristungen fallen. Aus den von SCHWERDTNER hierfür genannten Nachweisen ergibt sich jedoch, daß hiermit gemeint ist, daß die Zulässigkeit von Saisonarbeitsverhältnissen zweifelhaft sei. Siehe hierzu unten 3. Teil C I 1 c cc d

715) RG Urt. vom 21.11.30, RGZ 130, 284 (298f.); KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 59; STAUDINGER/NEUMANN § 620 BGB Rdnr. 6; HUECK, ArbR I, S. 531; BÖHM S. 7f.

716) Siehe hierzu oben 1. Teil E

717) So auch KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 151

718) BÖHM S. 7; HUECK, ArbR I, S. 532; NIKISCH, ArbR I, S. 670; ERMANN/KOCHENHOFF § 620 BGB Rdnr. 19; MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 66.

719) RG 31.11.30, RGZ 130, 284; RAG 29.4.31, ARS 13, 10; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 60, mit Beispielen in Rdnr. 61f.; STAUDINGER/NEUMANN § 620 BGB Rdnr. 7; BÖHM, S. 7f.; MOLITOR/BORGER, AR-Blattei D, Arbeitsvertrag/Arbeitsverhältnis VIII, B II 2; FOHRBECK/WIESAND/WOLTERECK, S. 264; ERMANN/KOCHENHOFF § 620 BGB Rdnr. 19; A. HUECK Anm. AP Nr. 30 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Vgl. auch HUECK, ArbR I, S. 532: Beendigung muß "objektiv mit genügender Genauigkeit festgestellt werden können". MünchKomm-SCHWERDTNER, § 620 BGB Rdnr. 72f., ist demgegenüber der Ansicht, daß bei Zweckbefristungen nicht erforderlich sei, daß sich das Ende objektiv mit hinreichender Genauigkeit bestimmen läßt, weil andernfalls die Zulässigkeit solcher Befristungen "weitestgehend in Wegfall" käme. Dieses Argument ist m. E. unzutreffend. SCHWERDTNER zitiert für die von ihm vertretene Ansicht zu Unrecht WOHNSEIFER S. 51.

sind[720], nicht gegeben, so liegt ein Arbeitsverhältnis von unbestimmter Dauer vor.

Nicht immer unproblematisch ist die Abgrenzung von Zweckbefristung und auflösender Bedingung. Weitgehende Einigkeit besteht über den Ausgangspunkt, daß eine Befristung vorliegt, wenn der Eintritt des auslösenden Ereignisses gewiß ist, mag auch der Zeitpunkt ungewiß sein, während bei einer Bedingung der Eintritt (überhaupt) ungewiß ist[721]. Jedoch kann u. U. Streit darüber entstehen, ob der Eintritt als gewiß anzusehen ist oder nicht[722].

IV. Kumulation mehrerer Befristungsarten

Kalendarische Befristung, Zweckbefristung und auflösende Bedingung können auch kumuliert werden. Ein Beispiel hierfür ist ein BAG-Urteil von 1967[723], das eine Forstarbeiterin betrifft, deren Arbeitsverhältnis alle drei Befristungsarten

---

720) So auch KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 59f.

721) HUECK, ArbR I, § 55 III 1; NIKISCH, ArbR I, § 47 II 1; weitere Nachw. bei WOHNSEIFER, S. 49, Fn. 2. Abweichend SCHAUB, Handbuch, § 39 II 3, S. 189: SCHAUB behandelt die "Bedingung" als Unterfall der "Zeitbestimmung", während tatsächlich "Zeitbestimmung" ein Synonym für "Befristung" i. e. S. ist.

722) Siehe z. B. DOTZ, Anm. AP Nr. 50 zu § 4 TVG Ausschlußfristen, unter I 1: DOTZ ist der Meinung, man könne die Klausel "bis zur Fertigstellung des Rohbaus" auch als auflösende Bedingung verstehen, weil nicht feststehe, ob dieses Ereignis wirklich jemals eintreten werde. Ich würde dies als eine übertriebene Spitzfindigkeit ansehen und als Gewißheit des Eintritts des Ereignisses ausreichen lassen, daß der Eintritt jedenfalls äußerst wahrscheinlich ist. Ein weiteres Beispiel für Zweifel über Gewißheit oder Ungewißheit, das allerdings keine Zweckbefristung betrifft, ist die von der h. M. abweichende Auffassung von Sieg, daß Altersgrenzen nicht als Befristung i. e. S., sondern als auflösende Bedingung anzusehen seien. Siehe hierzu unten 3. Teil C I 2 a aa d

723) Urt. vom 20.10.67, 3 AZR 467/66, AP Nr. 30 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag mit zust. Anm. A. HUECK.

enthielt: erstens eine kalendarische Befristung (das Arbeitsverhältnis endet "bis spätestens November 1964"), zweitens eine Zweckbefristung (Fertigstellung der im Arbeitsvertrag aufgeführten Arbeiten) und drittens eine auflösende Bedingung ("Witterungsverhältnisse oder andere Gründe ..., die eine Weiterführung der Arbeiten nicht zuließen").

V. Höchst- und Mindestdauer

Von einer Höchstdauer oder Höchstbefristung wird gesprochen, wenn bei einem befristeten Arbeitsverhältnis die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung vereinbart ist[724)725)]. KR-HILLEBRECHT[726)] meint, dann handle es sich entgegen der Auffassung von WALTER[727)] nicht um eine echte Befristung. Diese terminologische Auffassung von HILLEBRECHT ist zumindest unzweckmässig, denn jedenfalls sind alle für befristete Arbeitsverträge geltenden Grundsätze - mit Ausnahme des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung - anwendbar. Der Terminus der "unechten" Befristung sollte solchen Vertragsgestaltungen vorbehalten bleiben, bei denen diese Grundsätze nicht anwendbar sind. Eine solche Gestaltung ist die "Mindestdauer".

---

724) BÖHM, S. 12ff., m. w. N. S. 13 Fn. 1; WOHNSEIFER, S. 46ff.; SCHAUB, Handbuch, § 41 II, S. 165; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 44.

725) Bei Befristungen i. e. S. ist eine ordentliche Kündigung nach allg. Meinung nur dann möglich, wenn dies ausdrücklich vereinbart ist oder ein dahingehender beiderseitiger Wille aus den Umständen eindeutig erkennbar ist. Siehe hierzu BAG Urt. vom 19.6.80, 2 AZR 660/78, unter 1 b, AP Nr. 55 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R, m. w. N. Für auflösende Bedingungen ist dies nicht unstreitig. NIKISCH, ArbR I, § 47 II, S. 669, vertritt die Ansicht, daß auflösende Bedingungen immer nur als Höchstdauer des Arbeitsverhältnisses auszulegen seien, da es sonst zu einer unbegrenzten Bindung kommen könne. A. A. ist das BAG a. a. O. HUECK, ArbR I, § 55 III 1, S. 531, Fn. 17, und BÖHM, S. 10, sind zu Recht für eine Differenzierung je nach dem konkreten Parteiwillen. Demnach kann es auch bei auflösenden Bedingungen bei der obigen Formel bleiben.

726) a. a. O. (Fn. 724)

727) Arbeitsverhältnis zur Probe und zur Aushilfe, S. 71

Bei einer "Mindestdauer" kann frühestens auf das Ende der Mindestdauer unter Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt werden[728]. Hier handelt es sich überhaupt nicht um eine Befristung, sondern um ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Dauer. Der hierfür ebenfalls gebräuchliche Ausdruck "befristete Arbeitsverträge mit selbsttätiger Verlängerung" ist deshalb eigentlich verfehlt.

B. Die rechtliche Behandlung von Zweckbefristung und auflösender Bedingung

I. Auflösende Bedingung unmittelbar durch Gesetz (Berufsbildungsgesetz)

Nach § 14 I BBiG endet das Berufsausbildungsverhältnis mit dem Ablauf der Ausbildungszeit. Dabei handelt es sich um eine Befristung i. e. S. Absatz 2 dieser Vorschrift enthält eine auflösende Bedingung[729]: "Besteht der Auszubildende vor Ablauf der Ausbildungszeit die Abschlußprüfung, so endet das Berufsausbildungsverhältnis mit Bestehen der Abschlußprüfung." Das Motiv des Gesetzgebers für diese auflösende Bedingung ist das Interesse beider Parteien daran, daß die Dauer des Berufsausbildungsverhältnisses der Dauer der Ausbildungszeit entspricht[730]. Obwohl hier die Besonderheit besteht, daß die

---

728) STAUDINGER/NEUMANN § 620 BGB Rdnr. 34; BÖHM S. 11f. Siehe zu derartigen Vertragsgestaltungen und damit verbundenen Auslegungsfragen auch KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 46 - 49. HILLEBRECHT bezeichnet in Rdnr. 46 allerdings auch den eine Befristung beinhaltenden Fall als Mindestdauer, daß die Parteien einen festen Zeitpunkt für eine Beendigung festlegen und sich vorbehalten, über eine Verlängerung später zu verhandeln. In diesem Fall würde ich nicht von einer Mindestdauer, sondern schlicht von einem befristeten Arbeitsvertrag sprechen. Daß die Parteien sich eine Verlängerung vorbehalten, ist eine Selbstverständlichkeit auch dann, wenn darüber nicht gesprochen worden ist.

729) Um eine Bedingung handelt es sich, weil ungewiß ist, ob der Auszubildende die Abschlußprüfung überhaupt besteht, und wenn ja, ob er sie vor Ablauf der Ausbildungszeit besteht.

730) Vgl. Rolf WEBER, BBiG, LBl., § 14 Anm. 1

auflösende Bedingung auch im Arbeitnehmerinteresse liegt - die Lehrlingsvergütung ist wesentlich niedriger als diejenige eines Gesellen -, ist diese auflösende Bedingung unmittelbar durch Gesetz ein Indiz dafür, daß der Gesetzgeber auflösende Bedingungen als jedenfalls nicht schlechthin unzulässig ansieht.

II. Vertraglich vereinbarte Zweckbefristung oder auflösende Bedingung

1. Mindermeinung: Unzulässigkeit (ZÖLLNER; für auflösende Bedingung auch REUTER, FALKENBERG, M. WOLF, NEUMANN, HILLEBRECHT)

ZÖLLNER[731] sieht Zweckbefristungen und auflösende Bedingungen - mit Ausnahme von Potestativ-Bedingungen zugunsten des Arbeitnehmers - als schlechthin unzulässig an, REUTER[732], FALKENBERG[733], und KR-WOLF[734], vertreten dies nur für auflösende Bedingungen. ZÖLLNER begründet seine Auffassung damit, daß in beiden Fällen der Arbeitnehmer die Dauer seines Arbeitsverhältnisses nicht klar überschauen kann, daß er von einem Tag zum anderen seine Beschäftigung verlieren kann[735]. Dies widerspreche den durch zahlreiche Bestandsschutzvorschriften gefestigten Vorstellungen über die soziale Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis. § 620 BGB gelte insoweit nur für freie Dienstverhältnisse. Auch REUTER, FALKENBERG und WOLF stellen auf die

---

731) ArbR, § 21 I 3 a und b, S. 176f., und Gutachten 52. DJT, S. D 123, 6 b (zu Zweckbefristungen), und S. D 125, 6 d (zu auflösenden Bedingungen)

732) Anm. EzA Nr. 5 zu § 305 BGB, unter 2 (S. 17)

733) DB 1979, 590 (591f.), unter II 3 c und d

734) Grunds. Rdnr. 190f.

735) Dieses Argument ist nicht ganz zutreffend, wenn der Arbeitnehmer die Zweckerreichung nach und nach immer genauer absehen kann, z. B. bei Befristung bis zur Fertigstellung eines Bauwerks. Zu diesem Sonderfall äußert ZÖLLNER sich deshalb nicht abschließend.

fehlende Vorhersehbarkeit des Bedingungseintritts ab. WOLF gebraucht das zusätzliche Argument, daß durch eine Bedingung das Arbeitsverhältnis auch aus Gründen enden kann, die keine Kündigungsgründe darstellen[736]. FALKENBERG begründet die von ihm vertretene Ungleichbehandlung von auflösender Bedingung und Zweckbefristung damit, daß letztere jedenfalls gewisse Dispositionen des Arbeitnehmers zulasse. Er will auflösende Bedingungen "allenfalls" dann zulassen, wenn der Bedingungseintritt vom Arbeitnehmer zu vertreten ist.

Nicht ganz klar äußert sich STAUDINGER/NEUMANN[737] zur auflösenden Bedingung. Anscheinend will NEUMANN nur solche Bedingungen zulassen, "die sich nicht zu Lasten des Arbeitnehmers auswirken", z. B. "den Arbeitnehmer nach Ablauf einer Kündigungsfrist so lange weiterzubeschäftigen, bis er eine andere Stelle findet[738], bis die geplante Auswanderung möglich ist[739] usw.". Demnach bestünde kein Unterschied zur Auffassung der oben genannten Autoren, da wohl nicht nur ZÖLLNER, sondern auch REUTER und FALKENBERG auf Wunsch des Arbeitnehmers vereinbarte Bedingungen zulassen würden.

Im gleichen Sinne äußert sich auch KR-HILLEBRECHT[740]. Auflösende Bedingungen seien nur dann ausnahmsweise zulässig, "wenn von vornherein die Möglichkeit einer Umgehung des Kündigungsschutzes und eine Verletzung schutzwürdiger Interessen des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist." Als Beispiele nennt HILLEBRECHT im Interesse und auf ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers vereinbarte Befristungen, ferner Potestativbedingungen, deren Eintritt ausschließlich vom Willen des Arbeitnehmers abhängt, und eine Weiterbeschäftigung nach Vertragsablauf, bis der Arbeitnehmer eine neue Anstellung findet.

---

736) KR-WOLF Grunds. Rdnr. 190. Dieses Argument gibt nichts her, da es für alle Befristungen gilt, siehe oben 1. Teil C II 1 d cc.

737) § 620 BGB Rdnr. 21

738) Dies wäre ein Fall der Weiterbeschäftigung aus sozialen Gründen. Siehe hierzu unten II 2.

739) Zu einer solchen Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers siehe oben 1. Teil B III 2.

740) § 620 BGB Rdnr. 52 - 54.

Zwar nicht eine Unzulässigkeit, aber wichtige Einschränkungen der Zulässigkeit von Zweckbefristungen vertreten NEUMANN und HILLEBRECHT.

Nach STAUDINGER/NEUMANN[741] sind Zweckbefristungen unzulässig, "wenn die Dauer der Befristung nicht überschaubar ist". Aus den zahlreichen Beispielen, die NEUMANN hierzu nennt, wird aber m. E. nicht deutlich, unter welchen Voraussetzungen Oberschaubarkeit anzunehmen sein soll. Die Auffassung von ZÖLLNER, daß Zweckbefristungen überhaupt unzulässig seien, lehnt NEUMANN ausdrücklich, aber ohne Begründung, ab.

HILLEBRECHT[742] sieht Zweckbefristungen als unzulässig an, wenn nicht feststeht, ob es sich um eine Beschäftigung zu einem vorübergehenden Zweck handelt, oder wenn "die Zweckerfüllung für den Arbeitnehmer nicht vorhersehbar ist oder nicht in überschaubarer Zeit liegt". Er begründet dies damit, daß in diesen Fällen die Zweckbefristung ähnlich wie eine auflösende Bedingung einer außerordentlichen Kündigung gleichkäme. Hierzu ist anzumerken, daß die erste genannte Alternative nicht nur einer auflösenden Bedingung ähnlich ist, sondern nach der oben (A III 2) genannten üblichen Definition als auflösende Bedingung zu bezeichnen ist.

2. H. M.: Zulässigkeitsanforderungen wie bei Befristungen auf bestimmten Endtermin oder bestimmte Dauer

Die noch h. M. geht dahin, daß Zweckbefristungen[743] und auflösende Bedingungen[744] unter den gleichen Voraussetzungen zu-

---

741) § 620 BGB Rdnr. 18

742) § 620 BGB Rdnr. 64

743) BAG Urt. vom 20.10.67, 3 AZR 467/66, AP Nr. 30 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag mit zust. Anm. A. HUECK; 30.5.72, 1 AZR 427/71, unter 1, AP Nr. 50 zu § 4 TVG Ausschlußfristen, mit zust. Anm. von DOTZ (Befristung bis zur Fertigstellung des Rohbaus); 20.5.76, 2 AZR 202/75, AP Nr. 4 zu § 305 BGB, zust. Anm. von BEITZKE SAE 1976, 210 (Maurer- und Putzarbeiten auf einer bestimmten Baustelle); in der Literatur allg. Meinung mit Ausnahme der

lässig sind wie Befristungen auf einen bestimmten Endtermin oder auf bestimmte Dauer, nämlich beim Vorliegen eines ausreichenden sachlichen Grundes[745]. MünchKomm-SCHWERDTNER[746] lehnt die von FALKENBERG vertretene Differenzierung zwischen auflösenden Bedingungen und Zweckbefristungen mit dem zutreffenden Argument ab, daß bei Zweckbefristungen die gleiche Unvorhersehbarkeit der Dauer des Arbeitsverhältnisses bestehen kann, z. B. bei der Aushilfe für einen (leicht) erkrankten Arbeitnehmer. Der Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission von 1977[747] enthält keine besonderen Regelungen für auflösende Bedingungen. Seinerzeit war die Zulässigkeit dieser Befristungsart noch kaum bestritten, weshalb aus diesem "Schweigen" des Entwurfs zu schließen ist, daß die allgemeinen Grundsätze für Befristungen auch hier gelten sollen[748].

---

oben unter 1. genannten abweichenden Auffassung von ZÖLLNER. STAUDINGER/NEUMANN (§ 620 BGB Rdnr. 19f.) und KR-HILLEBRECHT (§ 620 BGB Rdnr. 69) führen einige Fälle von Zweckbefristungen auf, bei denen die Rechtsprechung einen Sachgrund bejaht bzw. verneint hat.

744) BAG Urt. vom 11.12.56, 3 AZR 61/54, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; 8.3.62, 2 AZR 497/61, unter 1 c, AP Nr. 22 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; 17.5.62, 2 AZR 354/60, Leitsatz 1, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Bedingung; 20.10.67, 3 AZR 467/66, Leitsatz 1, AP Nr. 30 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; 19.12.74, 2 AZR 565/73, AP Nr. 3 zu § 620 BGB Bedingung (in diesem Urteil geht das BAG von einem "bedingten Aufhebungsvertrag" aus, unterwirft aber auch diesen den gleichen Anforderungen); BÖHM, S. 9f., m. w. N. in Fn. 3 auf S. 9; AUFDERHAAR, S. 94; OTTE, S. 25; HUECK, ArbR I, § 55 III 1, S. 531, bei und in Fn. 16, ferner § 55 III 7, S. 539, Fn. 44b, und Anm. AP Nr. 2 zu § 620 BGB Bedingung; NIKISCH, ArbR I, § 47 II 1, S. 669; G. HUECK, Anm. AP Nr. 3 zu § 620 BGB Bedingung; STAUDINGER/NEUMANN, Vorbem. vor § 620 Rdnr. 20; MünchKomm-SCHWERDTNER, § 620 BGB Rdnr. 65.

745) Für auflösende Bedingungen siehe hierzu außer dem in Fn. 744 zitierten Schrifttum insbes. BAG Urt. vom 17.5.62, a. a. O. (Fn. 744).

746) a. a. O. (Fn. 744)

747) Arbeitsgesetzbuchkommission, Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches, 1977

748) So auch FALKENBERG, DB 1979, 590, unter II 3 a. Hierfür spricht auch die Oberlegung, daß eine gewollte Abkehr von der bisherigen Obung wohl eindeutig formuliert worden wäre. DemgegenÜber meint ZÖLLNER, DJT-Gutachten, S. D 125, daß die Arbeitsgesetzbuchkommission Bedingungen generell nicht zulassen wolle.

Allerdings steht möglicherweise eine Wende in der Rechtsprechung des BAG und damit wohl auch der h. L. bevor. In den Leitsätzen eines Urteils von 1981[749] (Lizenz-Fußballspieler-Fall) führt der 2. Senat aus, er erwäge, auflösende Bedingungen künftig grundsätzlich "für unzulässig zu erachten, soweit sie nicht vornehmlich den Interessen des Arbeitnehmers dienen oder ihr Eintritt allein vom Willen des Arbeitnehmers abhängt". Der Senat begründet dies[750] damit, daß befristete und auflösend bedingte Arbeitsverhältnisse sich in erheblichen Punkten ganz erheblich voneinander unterscheiden. Nur bei der Befristung (i. e. S.) wisse der Arbeitnehmer von vornherein, daß das Arbeitsverhältnis keinen dauerhaften Bestand hat, und könne sich auf einen bestimmten Beendigungstermin einstellen. Die auflösende Bedingung sei eher mit der Kündigung als mit der Befristung vergleichbar.

Für einige Fallgruppen auflösender Bedingungen wird von der noch h. M. ein ausreichender sachlicher Grund verneint. Allseits anerkannt ist, daß die "Zölibatsklausel", also die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Heirat[751], und die auflösende Bedingung einer Schwangerschaft der Arbeit-

---

749) Urt. vom 9.7.81, 2 AZR 788/78, DB 1982, 121; diesem Urteil ist in der gleichen Sache das Versäumnisurteil vom 22.1.81 vorausgegangen, Teilabdruck in AuR 1981, 90. REUTER bespricht dieses Urteil in JuS 1982, 705.

750) unter 3. der Gründe

751) BAG Urt. vom 10.5.57, 1 AZR 249/57, AP Nr. 1 zu Art. 6 I GG Ehe und Familie, mit Nachw. über das damalige Schrifttum; HUECK, ArbR I, § 55 III 1, S. 531, Fn. 17; NIKISCH, ArbR I, § 47 II 1, S. 669f.; SCHAUB, Handbuch, § 39 II 3, S. 159; STAUDINGER/NEUMANN § 620 BGB Rdnr. 8; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 57.

Die Unzulässigkeit wird damit begründet, daß die Behinderung der Eheschließung gegen Art. 6 I GG (Schutz der Ehe) und Art. 2 I GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit) verstoße. Z. T. wird auch ein Verstoß gegen die Gleichberechtigung der Geschlechter, Art. 3 II, III GG, angenommen, was aber wohl zweifelhaft ist, da die Klausel auch bei männlichen Arbeitnehmern denkbar ist (vgl. A. HUECK a. a. O.).

Eine Bedingung dieses Inhalts ist aber dann zulässig, wenn sie auf ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers vereinbart

nehmerin[752] unzulässig und damit unwirksam sind. Das Gleiche gilt für die Vereinbarung, daß das Arbeitsverhältnis beendet werden soll, wenn der Arbeitnehmer erkrankt[753]. Ferner hat das BAG entschieden, daß das Arbeitsverhältnis eines Lizenz-Fußballspielers nicht unter die auflösende Bedingung gestellt werden kann, daß dem beschäftigenden Verein aus wirtschaftlichen Gründen die Lizenz entzogen wird, denn nur der Verein hat Einfluß auf den Eintritt dieser Bedingung, die dem Arbeitnehmer das grundsätzlich vom Arbeitgeber zu tragende Beschäftigungsrisiko aufbürdet[754]. Zu der Frage, ob die Arbeitsvertragsparteien wirksam vereinbaren können, daß das Arbeitsverhältnis endet, wenn der Arbeitnehmer - in den entschiedenen Fällen handelte es sich um Gastarbeiter - nach Urlaubsende seinen Dienst nicht pünktlich antritt, sind 1974 zahlreiche gegensätzliche Urteile ergangen. Während drei Landesarbeitsgerichte die Zulässigkeit bejahten[755], haben das LAG Düsseldorf[756] und das BAG[757] unter der Zustimmung der Literatur[758] einen

---

worden ist. So auch NIKISCH, ArbR I, § 47 II 1, S. 670, Fn. 26 m. w. N.; STAUDINGER/NEUMANN § 620 Rdnr. 8; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 57. Zur Befristung (i. w. S.) auf Wunsch des Arbeitnehmers siehe auch oben 1. Teil B III 2, insbes. Fn. 370

752) SCHAUB, Handbuch, § 39 II 3, S. 159, wegen Umgehung des Mutterschutzgesetzes; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 57.

753) Wegen Umgehung von § 616 II BGB, §§ 1 ff. LohnFG, LAG Berlin Urt. vom 8.11.60, 5 Sa 72/60, BB 1961, 95; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 57.

754) BAG Urt. vom 22.1.81, 2 AZR 788/78, Teilabdruck AuR 1981, 90, und vom 9.7.81 (siehe Fn. 942)

755) LAG Schleswig-Holstein vom 11.4.74, (1) 3 Sa 72/74, EzA Nr. 5 zu § 305 BGB mit abl. Anm. von REUTER (in diesem Urteil wird allerdings jedenfalls nicht ausdrücklich geprüft, ob ein sachlicher Grund vorliegt); LAG Baden-Württ. Urt. vom 5.6.74, 7 Sa 34/74, BB 1974, 887; LAG Niedersachsen (nicht veröff.) als Vorinstanz des BAG-Urteils vom 19.12.74, a. a. O. (Fn. 757)

756) Urt. vom 24.6.74, 15 Sa 44/74, EzA Nr. 4 zu § 305 BGB, mit im Ergebnis zust. Anm. von REUTER (nach Nr. 5)

757) BAG Urt. vom 19.12.74, 2 AZR 565/73, AP Nr. 3 zu § 620 BGB Bedingung

758) Anm. REUTER nach EzA Nr. 5 zu § 305 BGB; Anm. WOLLENSCHLÄGER AuR 1975, 222, insbes. S. 224 unter VI; SCHAUB, Handbuch, § 39 II 3, S. 159, und § 42 I 6, S. 168f.; STAUDINGER/NEUMANN § 620 BGB Rdnr. 21.

ausreichenden sachlichen Grund verneint. Die zeitweilige Ungewißheit, ob und wann der Arbeitnehmer auf seinen Arbeitsplatz zurückkehrt, ist dem Arbeitgeber nach Ansicht des BAG zumutbar, zumal bei schuldhaftem Verhalten des Arbeitnehmers eine außerordentliche Kündigung möglich ist. REUTER schlägt vor, dem Interesse des Arbeitgebers an klaren Verhältnissen dadurch Rechnung zu tragen, daß man - als milderes Mittel gegenüber einer auflösenden Bedingung - die rechtsgeschäftliche Oberwälzung der Beweislast für die Ursache der Arbeitsversäumnis auf den Arbeitnehmer gestattet[759].

Als auch bei Anwendung der h. M. unzulässig anzusehen ist es ferner, eine bloße Erklärung des Arbeitgebers zur auflösenden Bedingung zu erheben, weil eine solche Erklärung lediglich - unter Umgehung des Kündigungsschutzes - eine Kündigung ersetzt[760]. Hingegen kann eine Potestativbedingung, deren Eintritt vom Arbeitnehmer abhängt, weniger bedenklich als andere auflösende Bedingungen sein[761].

Zweifelhaft ist das Vorliegen eines ausreichenden sachlichen Grundes bei einer auflösenden Bedingung, die von Universitäten für mit Drittmittelprojekten befaßte Arbeitnehmer verwendet wird, und der zufolge das Arbeitsverhältnis bei Wegfall der Drittmittel (meist der Deutschen Forschungsgemeinschaft, z. T. auch der Wirtschaft) automatisch erlischt. In diesen Fällen

---

759) REUTER a. a. O. (Fn. 758), unter 3. M. E. wird dies allerdings nicht helfen, denn die Befürchtung der Arbeitgeber geht dahin, daß von Gastarbeitern beigebrachte ausländische Krankheitsbescheinigungen häufig Gefälligkeitsatteste sind.

760) STAUDINGER/NEUMANN Vorb. vor § 620 BGB Rdnr. 20

761) Vgl. ZÖLLNER, DJT-Gutachten, S. D 125, unter d: ZÖLLNER hält auflösende Bedingungen "mindestens insoweit für unzulässig, als es sich nicht um Potestativ-Bedingungen handelt". Hier können jedoch nur solche Potestativbedingungen gemeint sein, deren Eintritt vom Arbeitnehmer abhängt, denn bei Abhängigkeit vom Arbeitgeberverhalten ist kein Grund für die Privilegierung solcher Bedingungen ersichtlich.

wäre auch eine betriebsbedingte Kündigung möglich. Die erforderliche Einhaltung der Kündigungsfrist ist dem Arbeitgeber (also der Universität bzw. dem Bundesland) zumutbar, da er mit dem Drittmittelgeber vereinbaren kann, daß bei Wegfall der Mittel die gekündigten Arbeitnehmer noch während der Kündigungsfrist aus Drittmitteln bezahlt werden müssen. Außerdem wird das Entfallen der Mittel i. d. R. schon einige Zeit vor dem Stichtag bekannt. Die Bedingung könnte deshalb nur durch die Vermeidung einer personellen Auswahl nach § 1 II 2 Nr. 2 KSchG gerechtfertigt sein. Zu diesem Gesichtspunkt siehe oben 1. Teil, C II 1 d cc, a. E.

Zu auflösenden Bedingungen auf Wunsch des Arbeitnehmers, die auf jeden Fall zulässig sind, sofern der "Wunsch" nicht auf Druck des Arbeitgebers zustandegekommen ist, siehe oben 1. Teil B III 2 b, a. E.

3. Eigene Meinung

Entgegen der Auffassung von FALKENBERG[762] ist eine Differenzierung bezüglich der Behandlung von Zweckbefristung und auflösender Bedingung nicht angebracht. Zwar gibt es Zweckbefristungen, bei denen der Arbeitnehmer die Zweckerreichung nach und nach immer genauer absehen kann, z. B. bei Befristung bis zur Fertigstellung eines Rohbaus. Es gibt aber auch viele Fälle, bei denen die Unvorhersehbarkeit derjenigen bei auflösenden Bedingungen entspricht, und gerade das von FALKENBERG genannte Beispiel der Aushilfe bis zur Rückkehr eines (leicht) Erkrankten ist ein solcher Fall.

ZÖLLNER[763] behandelt zwar Zweckbefristungen und auflösende Bedingungen gleich, jedoch bedeutet die Behauptung der fast völligen Unzulässigkeit m. E. einen zu freien Umgang mit dem

762) DB 1979, 590 (591 f.); hierzu schon oben unter 1.
763) ArbR, § 21 I 3 a und b, S. 176f., und Gutachten 52. DJT, S. D 123.

Gesetz. Wenn man - wie wohl ZÖLLNER[764] - die Klippe der gesetzlichen Erwähnung der Zweckbefristung in § 620 II BGB mit dem Argument umschiffen will, diese Vorschrift bezüglich der Zweckbefristung gelte nur für freie Dienstverträge, man jedoch andererseits kalendarisch oder nach Dauer genau festgelegte Befristungen grundsätzlich zulassen will, so führt dies zu erheblichen dogmatischen Schwierigkeiten. Die Mindermeinung, die Befristungen überhaupt als unzulässig ansieht, begründet ihre Ansicht nämlich u. a. damit, daß § 620 BGB nicht für Arbeitsverhältnisse gelte[765]. Es dürfte schwerfallen, zu begründen, daß § 620 BGB zwar für kalendarisch befristete Arbeitsverträge gilt, nicht aber für zweckbefristete Arbeitsverhältnisse.

Demnach ist mit der h. M. von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Zweckbefristungen und auflösenden Bedingungen in Arbeitsverträgen auszugehen, obwohl ZÖLLNER zweifellos Recht hat, wenn er ausführt, daß diese Gestaltungen unseren heutigen "Vorstellungen von den Anforderungen an eine soziale Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis" widersprechen[766]. Dieser Widerspruch läßt sich aber m. E. nur de lege ferenda völlig ausräumen. De lege lata ist dieses Problem aber schon für die meisten Fälle aus der Welt geschafft, wenn man bei der für die Frage der sachlichen Rechtfertigung erforderlichen Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer[767] die besonderen Nachteile des Arbeitnehmers aus auflösenden Bedingungen oder Zweckbefristungen berücksichtigt. An die sachliche Rechtfertigung eines auflösend bedingten oder zweckbefristeten Arbeitsverhältnisses sind dann nämlich wesentlich höhere Anforderungen zu stellen als bei einer kalendarischen Befristung. Bei der Abwägung der Vor- und Nachteile für Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird sich meist zeigen, daß dem Arbeitgeber

---

764) ZÖLLNER führt (in ArbR, § 21 I 3 b, S. 177) aus, Zweckbefristungen seien bei freien Dienstverträgen tragbar, nicht aber bei Arbeitsverhältnissen.

765) So DAMMANN, AuR 1978, 65 (81)

766) ZÖLLNER, ArbR, § 21 I 3 a, S. 176

767) Zur Interessenabwägung siehe oben 1. Teil C II

statt der zeitlich unbestimmten Befristung eine kalendarische Befristung mit Kündbarkeitsklausel oder ein unbefristeter Arbeitsvertrag zumutbar ist. Dabei ergibt sich im Rahmen der Abwägung zwangsläufig, daß etwa eine solche Zweckbefristung, die den Arbeitnehmer den Fortgang der Arbeiten selbst absehen läßt, eher zulässig ist, als eine Zweckbefristung oder auflösende Bedingung, die den Arbeitnehmer von einem Tag zum anderen seinen Arbeitsplatz überraschend verlieren lassen kann.

Eine weitgehende Zurückdrängung der besonders unerwünschten Befristungsformen ist also auch dann - und zwar ohne jegliche dogmatische "Sonderbehandlung" - möglich, wenn man sich nicht in der Lage sieht, Zweckbefristung und auflösende Bedingung als generell unzulässig zu bezeichnen. Im Bereich der auflösenden Bedingungen werden sich im Ergebnis kaum Unterschiede zu der von HILLEBRECHT vertretenen Auffassung ergeben.

C. Hinweispflicht und Schonzeit

I. Bei Zweckbefristung

1. Hinweispflicht

A. HUECK[768], NIKISCH[769], STAUDINGER/NEUMANN[770], SOERGEL/WLOTZKE/VOLZE[771], WOHNSEIFER[772], ROST[773], SCHAUB[774] und MünchKomm-SCHWERDTNER[775] sind der Auffassung, daß bei Zweckbefristungen der Arbeitgeber aufgrund der Fürsorgepflicht den

768) ArbR I, S. 416 und S. 533
769) ArbR I, § 47 II 3, S. 672
770) § 620 BGB Rdnr. 12
771) § 620 BGB Rdnr. 5
772) S. 51
773) ArbNähnl. Pers. Rdnr. 47
774) Handbuch, § 39 II 2, S. 158f.
775) § 620 BGB Rdnr. 49

Arbeitnehmer angemessene Zeit vorher auf das bevorstehende Ende des Arbeitsverhältnisses hinweisen muß, wenn dieses für den Arbeitgeber, nicht jedoch für den Arbeitnehmer, vorhersehbar ist. Die Verletzung dieser Pflicht soll zu einem Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung führen, dessen Obergrenze aber die Gehaltsfortzahlung für die Dauer einer Kündigungsfrist ist. Dem ist zuzustimmen.

2. Schonzeit

a) Literatur und Rechtsprechung

Allerdings dürfte der Fall, daß das Ende der Tätigkeit zwar für den Arbeitgeber, nicht aber für den Arbeitnehmer vorhersehbar ist, nicht allzu häufig sein. Deshalb nehmen A. HUECK[776], SOERGEL/WLOTZKE/VOLZE[777], WOHNSEIFER[778] und MünchKomm-SCHWERDTNER[779] bei Zweckbefristungen ferner eine "Schonzeit" an, während der der Arbeitgeber den Arbeitnehmer weiterbeschäftigen bzw. weiterbezahlen muß, wenn auch der Arbeitgeber die Beendigung nicht voraussehen konnte, die Situation des Arbeitnehmers eine solche Schonzeit erfordert und diese auch dem Arbeitgeber zumutbar ist. Diese Ansicht geht auf eine RAG-Rechtsprechung[780] zurück, der auch das BAG in zwei Urteilen[781] gefolgt ist, in denen es für freie Mitarbeiter in arbeitnehmerähnlichen Dauerrechtsverhältnissen eine zweiwöchige Auslauffrist angenommen hat.

---

776) ArbR I, S. 416

777) a. a. O. (Fn. 771)

778) S. 52

779) a. a. O. (Fn. 775)

780) RAG ARS 2, 171 (175); RAG ARS 31, 207 (210)

781) vom 8.6.67, 5 AZR 461/66, Leitsatz 2, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit; vom 7.1.71, 5 AZR 221/70, Leitsatz 2, AP Nr. 8 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

b) Stellungnahme

Zur dogmatischen Begründung für eine solche Schonfrist findet sich keine Äußerung. In Betracht kommt allenfalls die Fürsorgepflicht. Sehr überzeugend ist dieser Ansatzpunkt aber nicht, denn in diesem Fall würde sich untypischerweise nicht eine Nebenpflicht, sondern die Hauptpflicht, nämlich die Entgeltzahlung, aus der Fürsorgepflicht ergeben.

Noch mehr lassen die äußerst vagen Voraussetzungen für die Fortzahlungspflicht an der Richtigkeit der Lehre von der Schonzeit zweifeln. Sie machen die Zweckbefristung für den Arbeitgeber zu einem erheblichen Risiko, das dieser durch die Zweckbefristung gerade vermeiden wollte.

Es dürfte nach alledem nicht nur dogmatisch konsequenter, sondern auch gegenüber der Arbeitgeberseite ehrlicher sein, auf das Rechtsinstitut einer Schonzeit zu verzichten und dafür, wie oben (unter B II 4) dargelegt, hohe Anforderungen an die Zulässigkeit von Befristungen mit unbestimmter Dauer zu stellen.

II. Bei auflösender Bedingung

Wenn man bei Zweckbefristungen eine Hinweispflicht und - entgegen meiner oben vertretenen Auffassung - eine Schonfrist annimmt, so stellt sich die Frage, ob dies auch bei auflösenden Bedingungen gilt.

KR-ROST[782] nennt ausdrücklich neben der Zweckbefristung auch die auflösende Bedingung. Auch KR-HILLEBRECHT[783] verlangt eine "Auslauffrist" für auflösende Bedingungen, deren Eintritt für den Arbeitnehmer nicht voraussehbar ist. A. HUECK vertritt die oben dargelegten Ansichten zu Hinweispflicht und Schonzeit

782) ArbNähnl. Pers. Rdnr. 47
783) § 620 BGB Rdnr. 56

für Fälle, in denen der Beendigungszeitpunkt durch ein Ereignis bestimmt wird, "dessen Eintritt noch ganz unbestimmt ist"[784]. Dies dürfte wohl so zu verstehen sein, daß nicht nur Zweckbefristungen, sondern auch auflösende Bedingungen erfaßt werden sollen. Die anderen oben (unter I) zitierten Literaturstimmen beziehen sich nur auf Zweckbefristungen. Man kann aber m. E. bei auflösenden Bedingungen den Arbeitnehmer nicht weniger schützen, denn für eine solche Ungleichbehandlung ist kein Grund ersichtlich. Deshalb gelten die obigen Ausführungen richtigerweise auch für auflösend bedingte Arbeitsverträge.

Zwei einschlägige Passagen im Schrifttum beziehen sich speziell auf auflösende Bedingungen. FALKENBERG[785] vertritt - ohne die Literaturmeinungen zur Schonzeit bei Zweckbefristungen zu erwähnen - für auflösende Bedingungen eine "Auslauffrist", die der oben diskutierten Schonfrist entspricht und die er auf eine Analogie zu einem schon zur Zeit seines Beitrages nicht mehr geltenden Gesetz stützt[786]. Diese dogmatische Begründung ist jedoch nicht tragfähig, denn eine nicht mehr geltende Norm ist nicht analogiefähig. Gegen die Ansicht von FALKENBERG führt STAUDINGER/NEUMANN[787] zur auflösenden Bedingung aus, eine besondere Ankündigung der Beendigung könne nicht gefordert werden.

III. Hinweispflicht und Schonfrist in SR 2y BAT als Muster für Individualvereinbarungen und für eine mögliche Regelung de lege ferenda

Eine ausgewogene, leicht praktikable und sowohl für Zweckbefristungen als auch auflösende Bedingungen geltende Verschmel-

---

784) ArbR I, S. 416

785) DB 1979, 590 (592), unter II 3 f

786) Es handelt sich um § 29 Heimarbeitsgesetz in der Fassung, die vor der Änderung durch Gesetz vom 29.10.74 galt. FALKENBERG weist selber auf die Gesetzesänderung hin.

787) § 620 BGB Rdnr. 21

zung von Hinweispflicht und Schonzeit enthält die Sonderregelung 2y Nr. 7 Abs. 4 des Bundesangestelltentarifs: "Endet das Arbeitsverhältnis ... durch das im Arbeitsvertrag bezeichnete Ereignis, so hat der Arbeitgeber dem Angestellten den Zeitpunkt der Beendigung spätestens vier Wochen vorher mitzuteilen. Der Anspruch auf Zahlung der Vergütung ... erlischt frühestens vier Wochen nach Zugang dieser Mitteilung".

Befristungen von ungewisser Dauer, die eine solche Klausel enthalten, werden bei der Interessenabwägung eher als zulässig zu erachten sein. Allerdings ist die Vierwochenfrist etwas kurz, wenn das Arbeitsverhältnis voraussichtlich lange dauern wird. Diese Tarifvereinbarung könnte auch als Modell einer Regelung de lege ferenda dienen, falls der Gesetzgeber Befristungen von unbestimmter Dauer nicht überhaupt untersagt.

3. TEIL: FALLGRUPPEN EINES AUSREICHENDEN SACHLICHEN GRUNDES

A. Bedeutung von Fallgruppen und Prüfungsreihenfolge bei der Frage, ob eine Befristung sachlich gerechtfertigt ist

Bei der Beurteilung eines konkreten Falles ist zuerst zu prüfen, ob der zu entscheidende Fall überhaupt im Anwendungsbereich des Sachgrunderfordernisses liegt (oben 1. Teil B). Sodann ist zu untersuchen, ob eine Fallgruppe eingreift, die anerkanntermaßen eine Befristung rechtfertigen kann. Damit ist aber die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Befristung noch nicht abschließend festgestellt. Greift keine anerkannte Fallgruppe ein, kann eine Befristung dennoch zulässig sein, da die Gruppenbildung nicht abschließend ist; es ist ohne weiteres denkbar, daß sich neue Fallgruppen herausbilden. Bei der Prüfung dieser Frage sind die zur Konkretisierung der Formel vom ausreichenden sachlichen Grund entwickelten Grundsätze (oben 1. Teil C) heranzuziehen. Umgekehrt kann, wenn eine anerkannte Gruppe einschlägig ist, u. U. aufgrund von Besonderheiten des Einzelfalls (dazu oben 1. Teil C II 4) eine sachliche Rechtfertigung dennoch zu verneinen sein, oder es kann die erforderliche Rechtfertigung der Dauer der Befristung (dazu unten 4. Teil) fehlen. Ferner können kollektive Regelungen die Zulässigkeit einengen oder - nach überwiegender Ansicht - auch ausweiten. Nach alledem ist die Bedeutung der Fallgruppen zwar groß, doch dürfen diese auch nicht verabsolutiert werden, sondern stellen nur ein Glied in einer Kette von Überlegungen dar. Die große Bedeutung der Fallgruppen ist darin begründet, daß sie die Kasuistik überschaubar und Wertungswidersprüche erkennbar machen, weshalb sie sowohl für die Rechtssicherheit als auch für die Fortentwicklung dieses Rechtsgebietes unverzichtbar sind.

B. Bisherige Systematisierungsversuche[788]

Die Dissertationen von BÖHM, SCHRÖTER und AUFDERHAAR geben einen Einblick in die Kasuistik der Rechtsprechung und verbinden damit eine gewisse Gruppenbildung, die aber nur wenig differenziert ist. Den bisher einzigen Versuch einer umfassenden Fallgruppenbildung enthält der Beitrag von WIEDEMANN in der Festschrift LANGE[789]. MünchKomm-SCHWERDTNER[790] und KR-HILLEBRECHT[791] übernehmen diese Fallgruppen. WIEDEMANN unterscheidet vier Hauptgruppen, von denen er die ersten drei in personenbezogen und unternehmensbezogen unterteilt. Nachfolgend eine knappe, aber hinsichtlich der Fallgruppen vollständige Wiedergabe der Einteilung von WIEDEMANN einschließlich der von ihm gegebenen Beispiele:

1. Ungewißheitstatbestände
   a) personenbezogen: befristeter Probearbeitsvertrag
   b) unternehmensbezogen: Ungewißheit hinsichtlich zukünftiger Haushaltsmittel oder des späteren Arbeitsanfalls bei der öffentlichen Hand
      In der Privatwirtschaft: Betriebsnotstand

2. Ausnahmetatbestände (vorübergehende Deckung eines Bedarfs an Dienstleistungen)
   a) personenbezogen: Nebentätigkeit, z. B. Verkaufshilfen, Aushilfslehrer, Arbeitsgemeinschaftsleiter, Zeitungsträger, Studentenarbeit mit wenigen Wochenstunden
      Diese Beschäftigten sind zwar in den weiten Arbeitnehmerbegriff eingegliedert, gehören jedoch nach Ansicht von WIEDEMANN "ihrem Typus nach nicht zum Arbeitsrecht", "weil ihre Arbeitsleistungen nicht ihren Lebensunterhalt bilden und weil der

788) Vgl. auch die Fallgruppen zulässiger Befristungen in § 15 I des Richtlinienvorschlags der EG-Kommission vom 30.4.1982, abgedruckt in ZRP 82, 260 (26)
789) 1970, S. 400ff.
790) § 620 BGB Rdnr. 27 - 33
791) § 620 BGB Rdnr. 158 - 201

Arbeitgeber mit der Einstellung keine Daseinsvorsorge übernimmt (neben- und außerberufliche Tätigkeit, Gelegenheitsarbeit, Verrichtungen zu Ausbildungs- und Förderzwecken)."

b) unternehmensbezogen: Aushilfsverträge, "Ein vorübergehender, aber in seinem Umfang abschätzbarer Arbeitsanfall des Betriebes soll aufgearbeitet werden", z. B. bei Krankheit, Schwangerschaft; unregelmäßige Mehrarbeiten im Bau- oder Hafengewerbe, Festspielensemble, Obergangskurse oder Umschulungsveranstaltungen einer Schule oder Universität

3. Verschleißtatbestände
   a) personenbezogen: Altersgrenze
   b) unternehmensbezogen: Abwechslungsbedürfnis des Publikums im künstlerischen oder Unterhaltungsgewerbe

4. Befristung ausschließlich im Interesse des Arbeitnehmers

Diese systematische Einteilung ist zumindest im Bereich der Ungewißheits- und Ausnahmetatbestände ebenfalls zu wenig ausdifferenziert, um eine nachhaltige Entscheidungshilfe im konkreten Fall zu bilden[792].

---

792) Hingegen wird die praktische Brauchbarkeit der Einteilung kaum dadurch beeinträchtigt, daß die von WIEDEMANN bei den unternehmensbezogenen Ungewißheitstatbeständen vorgenommene Differenzierung zwischen öffentlicher Hand und Privaten nach heute fast einhelliger Auffassung verfehlt ist, und daß Haushaltsgründe als solche eine Befristung nicht rechtfertigen können (dazu unten C I 1 c hh). Dieser "Mangel" kann nämlich durch Weglassen des Beispiels "Haushaltsgründe" "geheilt" werden, ohne daß deshalb die Einteilung umgestellt werden müßte.

C. Eigene Fallgruppenbildung

Nach Auswertung der Kasuistik in Rechtsprechung und Literatur habe ich meiner Fallgruppeneinteilung die Interessen zugrunde gelegt, die - oft unausgesprochen - für die Anerkennung bestimmter Sachverhalte als Sachgründe maßgebend sind. Ferner habe ich die Gruppierung stark ausdifferenziert, so daß einige bisher als einheitliche Gruppe behandelte Interessenkonglomerate in meiner Einteilung getrennt behandelt werden.

Die Gegenüberstellung von hinsichtlich der beteiligten Interessen ähnlichen, aber doch in manchen Punkten unterschiedlichen Sachverhalten hat vier Vorteile: Erstens kann man angesichts einer Skala ähnlicher Gestaltungen von unterschiedlicher Oberzeugungskraft leichter und rationaler entscheiden, bis zu welchem Punkt eine Befristung noch akzeptabel erscheint, und von wo an nicht mehr[793]. Zweitens läßt sich aus den so gruppierten Fallgruppen zwingend herleiten, daß manche herkömmliche Fallgruppen per se gar keine Fallgruppen sind, sondern bei einer solchen angeblichen Gruppe u. U. unterschiedliche Interessen die Befristung rechtfertigen können bzw., wenn keiner dieser Interessengesichtspunkte eingreift, die Befristung trotz Eingreifens der undifferenzierten Fallgruppe nicht gerechtfertigt ist[794]. Drittens kann durch eine Neugruppierung

---

793) Dies zeigt sich insbesondere an den "Aufgaben von begrenzter Dauer", siehe unten I 1c.

794) Besonders überzeugende Beispiele hierfür sind die "althergebrachten" Fallgruppen "Künstler" und "Haushaltsgründe".

Die Rückbesinnung auf die Interessenlage ergibt, daß die Befristung von Künstlern insbesondere aus dem Gesichtspunkt einer einmaligen Arbeitsaufgabe oder eines Abwechslungsbedürfnisses des Publikums gerechtfertigt sein kann (dazu unten C IV 1). Es greift aber keineswegs bei jedem auf künstlerische Tätigkeit gerichteten Arbeitsverhältnis einer der beiden genannten Gesichtspunkte oder ein anderer Sachgrund ein. Zu diesen nicht erfaßten Fällen gehören Orchestermusiker (ebenso FALKENBERG DB 1972, 2478 (2480), unter D 1) und Chorsänger (ebenso BAG Urt. vom 5.3.70, 2 AZR 175/69, AP Nr. 34 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag), für die sich aus obigen Oberlegungen ergibt, daß sie nicht wegen ihrer Künstlereigenschaft befristet werden dürfen (sondern allenfalls aus anderen Gründen, etwa während einer Probezeit). Somit läßt sich die häufig zu fin-

der herkömmlichen Fallgruppen, verbunden mit einer genauen Definition der neuen Gruppen und Untergruppen und ihres Verhältnisses zueinander, erreicht werden, daß neu auftretende Problemfälle präziser unter eine bestimmte Gruppe subsumiert werden können, was nicht nur der Rechtssicherheit dient, sondern auch einem nicht hinreichend reflektierten und unerwünschten Ausufern bestimmter Fallgruppen entgegenwirkt[795]. Viertens hat die stärkere Ausdifferenzierung auch den Vorteil, daß bei manchen nunmehr isoliert betrachteten Untergruppen, insbesondere bei der Gegenüberstellung mit verwandten Gruppen, deutlich wird, daß gewisse besondere Anforderungen an die Zulässigkeit gestellt werden müssen[796], was bei einer unscharfen Gruppierung nicht erkennbar wäre[797].

Bei einem Vergleich der Fallgruppen verschiedener Autoren ist zu beachten, daß gleiche Begriffe in unterschiedlichem Sinn gebraucht werden. Auch dies macht es erforderlich, jeweils zu definieren, was man unter einer bestimmten Fallgruppe versteht.

---

dende (siehe nur BAG (GS) Beschl. vom 12.10.60, a. a. O. (Fn. 638), unter C 3), aber viel zu verallgemeinernde Aussage nicht aufrechterhalten, daß befristete Arbeitsverträge mit Künstlern (schlechthin) sachlich gerechtfertigt seien.

Ähnlich läßt sich bei "Haushaltsgründen" zeigen, daß eine Befristung aus einem solchen Grund nur dann gerechtfertigt ist, wenn ohnehin ein anderer Sachgrund eingreift (dazu unten I 1 c hh).

795) Beispiel: Die Fallgruppe "Mehrarbeit" (dazu unten I 1 c dd) könnte ohne präzise Beschreibung ihres Geltungsbereichs leicht in das Feld der "Konjunkturgründe" übergreifen und dadurch mit einem neuen Etikett Befristungen in einen Bereich bringen, in dem nach ganz h. M. Fristverträge nicht interessengerecht sind.

796) Ein Beispiel dafür ist wiederum "Mehrarbeit", siehe unten I 1 c dd

797) Beispielsweise wurden die von mir als Mehrarbeit bezeichneten Fälle bisher zusammen mit der Krankheits- und Urlaubsaushilfe, der Aushilfe bis zur Einstellung eines besser qualifizierten Arbeitnehmers sowie manchen Fällen einer einmaligen Arbeitsaufgabe unter der Bezeichnung "Aushilfe" über einen Kamm geschoren, was natürlich den Blick für die spezifischen Probleme der einzelnen "Beispiele" dieser pauschalen Gruppe erschwerte.

Angesichts der schon bestehenden Begriffsverwirrung dürfte es kein schwerwiegender Nachteil sein, daß manche von mir gebrauchte Begriffe ohne die zugehörige Definition mißverständlich sein könnten[798].

I. Befristungen im Interesse des Arbeitgebers

1. Aufgaben von begrenzter Dauer

a) Begriff und Notwendigkeit, diese Fallgruppe zu unterteilen

Bei der Frage, ob es Fälle gibt, in denen für die Befristung von Arbeitsverhältnissen ein unabweisbares Bedürfnis besteht, ist zunächst an die Konstellation zu denken, daß der zu besetzende Arbeitsplatz voraussichtlich[799] oder jedenfalls möglicherweise[800] nur vorübergehend besteht, oder aber nur vorübergehend für den einzustellenden Arbeitnehmer zur Verfügung steht[801]. Die hier angesprochenen Fallgruppen, die ich als

---

798) Hierbei denke ich insbesondere an "Aufgaben von begrenzter Dauer", die ich im Sinne eines Oberbegriffs verstehe, dem "einmalige Arbeitsaufgaben" als Untergruppe zugeordnet sind. Es wäre aber sprachlich auch möglich, "Aufgaben von begrenzter Dauer" in dem engen Sinn zu definieren, in dem ich den Begriff der einmaligen Arbeitsaufgabe gebrauche.

799) Dies betrifft die Fallgruppen "einmalige Arbeitsaufgabe" (unten c aa), "Sonderprogramme" (c bb), "periodisch wiederkehrender Arbeitsanfall" (c cc), "Mehrarbeit" (c dd) und "absehbare Verringerung des Personalbedarfs" (c ee).

800) Dies ist der Fall bei Ungewißheit, ob es sich um eine Daueraufgabe handelt (dazu unten c ff), mit den Fallgruppen "Betriebsnotstand", "probeweise Aufnahme des (vollen) Betriebs" und "fragliche Entwicklung des Umfangs der Aufgabe.

801) Dies sind die Fallgruppen "Aushilfe während des zeitweiligen Ausfalls eines anderen Arbeitnehmers" (unten c gg β) und "Aushilfe bis zur Einstellung eines anderen Arbeitnehmers" (c gg γ).

"Aufgaben von begrenzter Dauer"[802] bezeichnen will, werden häufiger mit dem Sammelbegriff "Aushilfsarbeitsverhältnisse"[803] umschrieben. Dieser Begriff ist zu unpräzise, wenn man genau analysieren will, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Grenzen eine Befristung erforderlich und angemessen ist. Da das Bedürfnis für eine Befristung und auch die Gefahr eines bloßen Vorschiebens von Befristungsgründen bei verschiedenen Sachverhalten innerhalb dieser "Aushilfs"-Obergruppe unterschiedlich stark sind, ist eine weitere Unterteilung in möglichst enge Fallgruppen erforderlich. Für diese präzise definierten Fallgruppen können dann die besonderen Interessen von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, die Gefahren eines Ausuferns sowie erforderlich erscheinende besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen sinnvoll diskutiert werden.

---

802) Damit ist nicht das Tatbestandsmerkmal der "Aufgabe von begrenzter Dauer" in SR 2y BAT gemeint. Meine Terminologie entspricht in diesem Punkt weitgehend derjenigen von SCHRÖTER und dem Sprachgebrauch des 4. Senats des BAG.

SCHRÖTER (S. 150) faßt unter dem Gliederungspunkt 4.2.1.2. u. a. die Bewältigung einer bestimmten einmaligen Arbeit, die vorübergehende Ersetzung einer anderen Arbeitskraft und periodisch wiederkehrenden Arbeitsanfall unter dem Begriff der "begrenzten Dauer der zu bewältigenden Arbeit" zusammen.

Der 4. Senat des BAG führt in einem Urteil vom 29.8.79 (4 AZR 863/77, AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) aus, daß eine "Aufgabe von begrenzter Dauer" eine Befristung rechtfertigen könne, und zitiert hierzu Urteile des BAG (vom 26.3.57, 3 AZR 428/55, AP Nr. 5 a. a. O.) und des LAG Berlin, in denen der Ausdruck "Aufgabe von begrenzter Dauer" nicht verwendet wird, die aber in meiner Terminologie "Mehrarbeit" bzw. einen "Betriebsnotstand" betreffen, also solche Fallgruppen, die auch ich unter dem Oberbegriff "Aufgaben von begrenzter Dauer" zusammenfasse.

803) Siehe z. B. WIEDEMANN, Festschr. LANGE, 1970, S. 395 (405), unter II 2 b; WOHNSEIFER, S. 74; OTTE S. 28f.

BÖHM (S. 108 - 111) und SCHRÖTER (S. 151 - 157) fassen den Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses enger und verstehen darunter nur die Bewältigung einer bestimmten einmaligen Arbeit oder die vorübergehende Ersetzung einer anderen Arbeitskraft.

Zu beachten ist, daß der Begriff "Aushilfsarbeitsverhältnisse" sich nicht nur auf befristete, sondern auch auf

b) Bei den "Aufgaben von begrenzter Dauer" schließt die Möglichkeit betriebsbedingter Kündigung die Zulässigkeit von Befristungen nicht aus

Bei aller Notwendigkeit der Unterteilung dieser Obergruppe gibt es doch eine Problematik, die - mit einer Ausnahme[804] - bei allen ihrer Untergruppen besteht und deshalb hier "vor die Klammer gezogen" werden soll. Das ist die Frage, ob wegen der Möglichkeit betriebsbedingter Kündigungen Befristungen auch aus Arbeitgebersicht nicht erforderlich und somit wegen der einem Fristvertrag entgegenstehenden Arbeitnehmerinteressen[805] unzulässig sind.

DAMMANN[806] bejaht dies für die Fallgruppe "Mehrarbeit" unter Hinweis darauf, daß die Rechtsprechung nur sehr geringe Anforderungen an das Vorliegen eines betriebsbedingten Kündigungsgrundes stelle. M. E. kann dieser Argumentation nicht gefolgt werden, da sie mehrere schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers außer acht läßt, denen durch die Möglichkeit betriebsbedingter Kündigung nicht genügt wird.

---

unbefristete Arbeitsverhältnisse beziehen kann, vgl. § 622 IV BGB (Ausnahme von den Mindestkündigungsfristen für Arbeitsverhältnisse "zur vorübergehenden Aushilfe", die nicht über drei Monate hinaus fortgesetzt werden) und z. B. SCHAUB, Handbuch, § 41 I, S. 165; PALANDT, Anm. 4 a hh vor § 611.

Siehe zum Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses auch unten c ggα, ferner Fn. 894 sowie (speziell zum Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses in § 622 IV BGB) Fn. 812.

804) Bei Aushilfe bis zur Einstellung eines anderen Arbeitnehmers (dazu unten c ggγ) wäre eine Kündigung bei unbefristetem Arbeitsverhältnis nicht betriebsbedingt, sondern personenbedingt.

805) Das Fehlen eines ausreichenden Sachgrundes ergibt sich dann daraus, daß die gegen eine Befristung sprechenden Arbeitnehmerinteressen die gegenläufigen Interessen des Arbeitgebers überwiegen, vgl. oben 1. Teil C II zur Interessenabwägung.

806) AuR 1978, 65 (68), unter 3

In erster Linie ist hier der Sonderkündigungsschutz[807] zu nenne. Es nützt beispielsweise dem Arbeitgeber wenig, daß die Beendigung einer einmaligen Arbeitsaufgabe einen betriebsbedingten Kündigungsgrund darstellt, wenn die damit betraute und unbefristet eingestellte Arbeitnehmerin bei Wegfall der Aufgabe aufgrund des Mutterschutzgesetzes unkündbar ist.

Von nicht geringer Bedeutung ist auch die Vermeidung einer bei betriebsbedingter Kündigung erforderlichen sozialen Auswahl[808], da der Arbeitgeber aufgrund einer solchen Auswahl bewährte Stammarbeitnehmer verlieren könnte, und auch die Gefahr besteht, daß im Fall einer sozialen Auswahl "bedrohte" Stammkräfte schon vorzeitig zu einem anderen Arbeitgeber wechseln, weil sie die Notwendigkeit späterer Entlassungen vorhersehen.

Zumindest bei sehr kurzer Dauer des Arbeitsverhältnisses - die bei Aufgaben von begrenzter Dauer häufig ist - wird man auch ein gewisses "Bequemlichkeitsinteresse" des Arbeitgebers berücksichtigen müssen. Die Notwendigkeit einer Kündigung, zu der in der Regel auch eine Anhörung des Betriebsrats erforderlich ist[809], kann in diesen Fällen als unnötiger[810] bürokratischer Hemmschuh für vorübergehende Einstellungen erscheinen.

---

807) Siehe hierzu oben 1. Teil C II 1 d aa

808) Zu diesem Gesichtspunkt - insbesondere dazu, daß er ein legitimes, zu berücksichtigendes Interesse darstellt - siehe oben 1. Teil C II 1 d cc, a. E. Das Argument einer Vermeidung der sozialen Auswahl ist allerdings nicht einschlägig bei Kampagnebetrieben (dazu unten Fn. 859) und bei "Betriebsnotstand" (unten c ff d).

809) Wenn ein Betriebsrat besteht, ist die Kündigung ohne dessen Anhörung unwirksam, § 102 I 3 BetrVG.

810) Die Anhörung des Betriebsrats hat bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen bis zu sechs Monaten Dauer nur geringe praktische Bedeutung. Der Betriebsrat kann der Kündigung zwar widersprechen (§ 102 III BetrVG), wenn soziale Gesichtspunkte nicht berücksichtigt sind, eine Richtlinie nach § 95 BetrVG verletzt ist oder eine Weiterbeschäftigung möglich ist. Jedoch hat der Widerspruch keine Konsequenzen, weil eine Kündigung dennoch zulässig ist und der Widerspruch nur dann eine Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 V BetrVG und eine Erweiterung des Kündigungsschutzes nach § 1 II 2 KSchG auslöst, wenn der Arbeitnehmer Kündigungsschutz nach dem KSchG genießt, also u. a. die sechsmonatige Wartefrist des § 1 I KSchG erfüllt ist (siehe DIETZ/RICHARDI § 102 BetrVG Rdnr. 71f.).

Die bei Kündigungen erforderliche Einhaltung der Mindestkündigungsfrist[811] kann bei den meisten Untergruppen der Aufgaben von begrenzter Dauer keine Befristung erforderlich machen, da in diesen Fällen eine Tätigkeit "zur vorübergehenden Aushilfe" i. S. d. § 622 IV BGB gegeben ist[812]. Deshalb kann, wenn das Arbeitsverhältnis nicht über drei Monate hinaus fortgesetzt wird, die Kündigungsfrist individualvertraglich bis zur Fristlosigkeit[813] abgekürzt werden. Nicht abkürzen kann

---

811) Die Mindestkündigungsfrist beträgt nach § 622 I 2 BGB normalerweise für Angestellte einen Monat zum Schluß des Kalendermonats, für Arbeiter gem. § 622 II 1, III BGB zwei Wochen.

812) Unter welchen Voraussetzungen ein Aushilfsarbeitsverhältnis i. S. d. § 622 IV BGB vorliegt, ist umstritten. Siehe hierzu KR-HILLEBRECHT § 622 BGB Rdnr. 167 - 170. HILLEBRECHT nennt (m. N.) als in Schrifttum und Rechtsprechung überwiegende Definition, daß der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ausdrücklich von vornherein nicht auf Dauer eingehen will, sondern nur, um einen vorübergehenden Bedarf an Arbeitskräften zu decken, der nicht durch den normalen Betriebsablauf, sondern durch den Ausfall von Stammkräften oder durch einen zeitlich begrenzten zusätzlichen Arbeitsanfall begründet ist. Demnach wären die unten zu erörternden Fallgruppen der absehbaren Verringerung des Personalbedarfs (c ee), der Ungewißheit, ob es sich um eine Daueraufgabe handelt (mit den anzuerkennenden Untergruppen "Betriebsnotstand" und "probeweise Aufnahme des (vollen) Betriebs", unten c ff), der Aushilfe bis zur Einstellung eines anderen Arbeitnehmers (c gg β) sowie Saisonarbeiten, die nur in der Saison anfallen (c cc α), keine Aushilfsarbeitsverhältnisse i. S. dieser Vorschrift. Bei länger dauernden einmaligen Arbeitsaufgaben (c aa) ist die Zuordnung als "Aushilfe" zumindest zweifelhaft (vgl. unten bei und in Fn. 990).

Zum Begriff der Aushilfe als Fallgruppe sachlich gerechtfertigter Befristungen vgl. unten c gg α.

813) PALANDT § 622 Anm. 2 b aa; HARTMANN BB 1970, 716; GOTZMANN DB 1970, 2220; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 171 m. w. N.

der Arbeitgeber jedoch die eine Woche betragende Frist des Betriebsrats für seine Äußerung gemäß § 102 II 1 BetrVG im Anhörungsverfahren vor Kündigung. Aus diesem Grund könnte bei beabsichtigter Beschäftigung bis zu etwa zwei Wochen Dauer eine Befristung - die ohne Anhörung des Betriebsrats ausläuft - notwendig sein.

Zu den genannten schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers an einer Befristung kommt hinzu, daß es gerade in den Fällen einer Aufgabe von begrenzter Dauer für den Arbeitnehmer vorteilhaft ist, die begrenzte Dauer des Arbeitsverhältnisses von vornherein vor Augen geführt zu erhalten.

Nach alledem steht die Möglichkeit einer betriebsbedingten Kündigung m. E. der Zulässigkeit von Befristungen bei Aufgaben von begrenzter Dauer nicht entgegen.

c) Die einzelnen Fallgruppen von "Aufgaben von begrenzter Dauer"

aa) Einmalige Arbeitsaufgabe

Einmalige Arbeitsaufgaben sind wohl diejenige Fallgruppe, an die man beim Stichwort "Befristung" zuerst denkt, und die am ehesten als sachlich gerechtfertigt einleuchtet[814].

α) Begriff und Abgrenzung zu anderen Fallgruppen

Die von mir als einmalige Arbeitsaufgaben bezeichnete Fallgruppe ist typischerweise dann gegeben, wenn eine Arbeitsaufgabe neu entsteht - nicht nur der Arbeitskräftebedarf für diese Auf-

---

814) Bezeichnenderweise hat das BAG in seinem ersten Urteil zu befristeten Arbeitsverträgen (vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, unter 3., AP Nr. 7 zu § 1 KSchG, Bl. 3R) als Beispiel für einen sachlichen Grund ausgeführt, es könne "eine betriebliche Arbeit ... von vornherein einen genau begrenzten Umfang haben und in einer von vornherein absehbaren Zeit beendet sein".

gabe sich erhöht[815] -, ihr Ende aber bereits abzusehen ist und die Tätigkeit auch nicht periodisch neu entsteht[816]. Die Interessenlage ist aber auch nicht anders, wenn eine Arbeitsaufgabe bisher als Daueraufgabe bestanden hat, ein Wegfall der Aufgabe also bisher nicht ersichtlich war, und dann ein Ende[817] dieser Tätigkeit abzusehen ist. Auch diese Konstellation ist deshalb unter den Begriff der einmaligen Arbeitsaufgabe zu fassen.

Die entscheidenden Merkmale einer einmaligen Arbeitsaufgabe bestehen demnach darin, daß der Wegfall der Tätigkeit abzusehen ist[818] und die Tätigkeit nicht periodisch neu anfällt.

In Literatur und Rechtsprechung[819] ist unstreitig, daß in derartigen Fällen ein Sachgrund gegeben ist, jedoch werden die Fallgruppen nicht so stark ausdifferenziert. SCHRÖTER[820] und PLANDER/SCHMIDT[821] sehen die "bestimmte einmalige Arbeit" bzw.

---

815) Bei Erhöhung des Arbeitskräftebedarfs für eine schon zuvor bestehende Arbeitsaufgabe kommt der Sachgrund "Mehrarbeit" in Betracht, siehe unten dd.

816) Andernfalls ist die Fallgruppe "periodischer Arbeitsanfall" zu prüfen, siehe unten cc.

817) Es muß die völlige Beendigung der Arbeitsaufgabe zu erwarten sein. Falls nur eine Verringerung des Personalbedarfs für diese Tätigkeit vorauszusehen ist, gelten die Ausführungen unten ee zur absehbaren Verringerung des Personalbedarfs (dort unter d zur Abgrenzung).

818) Kein Problem der Abgrenzung der einmaligen Arbeitsaufgabe ist die Frage, ob der genaue Zeitpunkt des Wegfalls der Aufgabe vorherzusehen sein muß, und falls ja, welche Gewißheit und welches Ausmaß der Genauigkeit zu fordern sind. Dies ist vielmehr von Bedeutung im Rahmen der Voraussetzungen, unter denen eine sachliche Rechtfertigung durch diese Fallgruppe anzunehmen ist. Dazu unten ß.

819) Siehe die BAG-Urteile vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, unter 3, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG, Bl. 3R a. E. (siehe zu diesem Urteil aber Fn. 826); 12.5.55, 2 AZR 23/54, unter II, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R (ohne abschließende Entscheidung, ob in dem konkreten Fall die Befristung wegen der begrenzten Dauer der Aufgabe gerechtfertigt war); 26.11.55, 2 AZR 516/54, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG (hier hatte schon die Vorinstanz ein "voraussehbar zeitlich begrenztes Aufgabengebiet" verneint, was vom BAG gebilligt wurde).

820) S. 151

821) AuR 1979, 321 (325), unter V.

die "zeitlich begrenzte Aufgabe" (was nicht näher definiert wird) als Unterfall der "Aushilfe" an. Dies erscheint schon deshalb als nicht glücklich, weil mit dem Begriff der Aushilfe die Vorstellung verbunden wird, daß der zur Aushilfe beschäftigte Arbeitnehmer zusätzlich zu Stammarbeitnehmern oder an Stelle eines zeitweilig nicht zur Verfügung stehenden Stammarbeitnehmers eingestellt wird[822]. Einmalige Arbeiten sind aber auch in der Weise möglich, daß ein Betrieb nur für eine begrenzte Arbeitsaufgabe geschaffen wird und somit alle Arbeitnehmer befristet für die Dauer des Projekts eingestellt werden. OTTE[823] erfaßt mit seiner Fallgruppe "Einmaligkeit der Arbeit" auch den bei mir ausgegliederten[824] "kurzfristig sich ergebenden Mehranfall an Arbeit". Ähnlich auch die Terminologie des BAG in einem seiner beiden ersten Urteile zu befristeten Arbeitsverträgen[825]. Der Senat hat in diesem Urteil eine Befristung bei Arbeiten, die "von vornherein einen genau begrenzten Umfang haben und in einer von vornherein absehbaren Zeit beendet" sind, als zulässig angesehen und hat dies als "Mehrarbeiten" bezeichnet[826]. "Mehrarbeit" und "einmalige Arbeitsaufgabe" als einheitliche Fallgruppe zu behandeln, ist aber nicht zweckmäßig, weil bei Befristungen wegen Mehrarbeit ein ungerechtfertigtes Ausufern viel leichter möglich ist und deshalb hierfür strengere Zulässigkeitskriterien erforderlich sind.

---

822) Vgl. Fn. 812

823) S. 172

824) Siehe unten dd.

825) Urt. vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG, Bl. 3R.

826) Unter 5. der Urteilsgründe. Im konkreten Fall waren allerdings auch nach meiner Ansicht die für "Mehrarbeit" gefundenen Kriterien anzuwenden, weil der befristet eingestellte Arbeitnehmer nicht mit der einmaligen Arbeitsaufgabe, sondern mit Dauertätigkeiten betraut wurde, während unbefristet beschäftigte Stammarbeitnehmer die einmalige Aufgabe wahrnahmen. Vgl. hierzu sogleich unter ß a. E.

β) Zulässigkeitskriterien

Eine Befristung wegen einmaliger Arbeitsaufgabe ist nicht in allen Fällen zulässig, in denen der Wegfall der Tätigkeit abzusehen ist und die Tätigkeit nicht periodisch neu anfällt.

Das BAG nennt in einem Urteil[827], das in meiner Terminologie eine einmalige Arbeitsaufgabe betrifft, zwei Voraussetzungen für die Zulässigkeit: Eine neue, sich anschließende Aufgabe muß ganz unwahrscheinlich sein, und die Dauer darf nicht zu schwer überschaubar sein. Die Dauer muß aber nach diesem Urteil keineswegs genau überschaubar sein, denn der Senat führt aus[828], daß mehrere Verlängerungen des befristeten Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt sein können, wenn der benötigte Zeitraum unterschätzt wurde oder wenn die Arbeit durch einen späteren Umstand umfangreicher wurde. Unabhängig von diesem Urteil verlangt auch RICHARDI Oberschaubarkeit, indem er ausführt, eine Befristung sei gerechtfertigt bei besonderen Aufgaben im öffentlichen Dienst, "die nach einer voraussehbaren Frist wieder entfallen"[829]. Für die "Oberschaubarkeit" der Dauer wird man wohl auch verlangen müssen, daß die voraussichtliche Dauer eine bestimmte Obergrenze nicht überschreitet, von der an dem Arbeitgeber die unbefristete Einstellung und betriebsbedingte Kündigung trotz der für ihn damit verbundenen Nachteile zumutbar ist. In diesem Sinn auch RICHARDI, der folgendes ausführt: "je mehr Zeit die Erfüllung einer Arbeitsaufgabe in Anspruch nimmt, desto weniger läßt sich noch von einem begrenzten Aufgabengebiet sprechen"[830]. Eine solche Obergrenze ist von einer generell für befristete Arbeitsverhältnisse geltenden Höchstdauer[831] zu unterscheiden und kann

827) vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, unter 5, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG
828) unter 3. der Gründe
829) DB 1981, 1461, unter II 2 a (die Unterstreichung im Zitat wurde durch mich vorgenommen)
830) a. a. O. (Fn. 829)
831) Zu dieser unten 4. Teil B

durchaus niedriger liegen. An dieser Stelle geht es nämlich darum, ob ein befristeter Vertrag überhaupt abgeschlossen werden darf, weil die Fallgruppe "einmalige Arbeitsaufgabe" eingreift. Eine allgemeine Höchstdauer betrifft dagegen den Fall, daß die grundsätzliche Zulässigkeit einer Befristung wegen des Eingreifens (irgend)einer Fallgruppe bereits bejaht worden ist, und es nur noch darum geht, ob aus diesem Sachgrund ad infinitum befristet werden darf. Bisher ist von der Rechtsprechung erst bei Tätigkeiten bis zu zwei Jahren eine Befristung wegen einmaliger Arbeitsaufgabe anerkannt worden[832]. Die Rechtsprechung hat sich aber bisher noch nicht endgültig auf eine Obergrenze festgelegt[833]. Man kann deshalb nur soviel sagen, daß jedenfalls bis zu zwei Jahren voraussichtlicher Dauer eine einmalige Arbeitsaufgabe in Betracht kommt[834].

Der vom BAG entschiedene "Rentenumstellungsfall"[835] wirft die Frage auf, ob die Zulässigkeit der Befristung des Arbeitsvertrages eines neu eingestellten Arbeitnehmers auch dann wie bei einer einmaligen Arbeitsaufgabe zu beurteilen ist, wenn zwar eine einmalige Arbeitsaufgabe vorliegt (in dem entschiedenen

---

832) Siehe WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 90

833) Am ehesten könnte dem Urteil des BAG vom 12.5.55, 2 AZR 23/54, AP Nr. 2 zu § 620 Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R, eine bei zwei Jahren liegende Obergrenze entnommen werden. In diesem Fall wurde der Arbeitnehmer für eine landwirtschaftliche Betriebszählung eingestellt. Der Senat entscheidet den Rechtsstreit nicht abschließend, bezeichnet aber die Befristung auf mehr als zwei Jahre als Besonderheit und führt aus, daß bei einem so langen Zeitraum i. d. R. die ordentliche Kündigung ausreiche.

834) Daß über die bisher anerkannten zwei Jahre hinaus ein Spielraum besteht, zeigt z. B. die tarifliche Regelung SR 2y Bundesangestelltentarif, Protokollnotiz 3 zu Nr. 1, die wohl dahingehend auszulegen ist, daß die Tarifpartner eine einmalige Arbeitsaufgabe bis zu einem Zeitraum von fünf Jahren anerkennen. Es ist durchaus denkbar, daß die Rechtsprechung eine solche Wertung der Tarifvertragsparteien für Bereiche übernimmt, für die kein Tarifvertrag gilt, oder für die ein geltender Tarifvertrag auf diese Frage nicht eingeht.

835) a. a. O. (Fn. 827)

Fall die Rentenumstellung), jedoch für diese Aufgabe unbefristet beschäftigte Stammarbeitskräfte herangezogen werden und der neu Eingestellte die Daueraufgaben der ständigen Kräfte wahrnehmen soll, solange diese durch die einmalige Arbeitsaufgabe in Anspruch genommen werden[836]. Die Frage ist dahingehend zu beantworten, daß in diesem Fall die für "Mehrarbeit"[837] geltenden Kriterien anzuwenden sind, weil der befristet Eingestellte Daueraufgaben wahrnimmt und damit die für eine Befristung wegen Mehrarbeit typische erhöhte Gefahr eines Mißbrauchs des Instruments des Zeitvertrages besteht.

bb) Sonderprogramme und Zurverfügungstellung von einmaligen Mitteln durch die öffentliche Hand oder Privatpersonen

α) Sonderprogramme der öffentlichen Hand

Nach zwei BAG-Urteilen[838] kann bei Aufgaben im Rahmen eines Sonderprogramms eine Befristung gerechtfertigt sein[839].

Im Rahmen von Sonderprogrammen durchgeführte Tätigkeiten sind oft einmalige Arbeitsaufgaben. In diesem Fall braucht die Fallgruppe "Sonderprogramme" nicht herangezogen zu werden. Manchmal ergibt sich aber die zeitliche Begrenzung von Sonderprogrammen nicht aus irgendwelchen objektiven Gegebenheiten der betreffenden Aufgabe, sondern allein aus subjektiven Absichten des Geldgebers. Die Fallgruppe "Sonderprogramme" ist deshalb relevant für Fälle, in denen die öffentliche Hand für einen bestimmten Zweck, der keine einmalige Arbeitsaufgabe darstellt, nur für eine bestimmte Zeit Mittel zur Verfügung stellt,

---

836) Siehe zu dieser Problematik auch BAG Urt. vom 12.5.55, 2 AZR 23/54, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R, wo ohne abschließende Entscheidung als gegen die Zulässigkeit der Befristung sprechend u. a. aufgeführt wird, daß der Arbeitnehmer teilweise auch mit anderen Tätigkeiten als der einmaligen Arbeitsaufgabe beschäftigt wurde.

837) Dazu unten dd

838) Urt. vom 5.5.61, 1 AZR 65/56, unter II 2, AP Nr. 17 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3; 29.8.79, 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 a. a. O.

839)

und das Programm nach dieser Zeit beendet sein soll[840]. Bloße Ungewißheit, ob für eine bestimmte Tätigkeit im nächsten Haushalt wieder Mittel ausgewiesen werden, kann nicht ausreichen, um ein "Sonderprogramm" anzunehmen[841]. Beispielsweise ist eine Befristung wegen einer befürchteten Kürzung von Mitteln für Dauerangestellte scharf von den "Sonderprogrammen" zu unterscheiden[842] und völlig anders zu beurteilen[843]. Ferner ist ein Sonderprogramm "von unbegrenzter Dauer" schon vom Begriff her nicht denkbar. Das BAG[844] verlangt deshalb, daß "nicht sicher" ist, ob dieses Sonderprogramm im nächsten Haushaltsjahr weiter durchgeführt werden kann. Ähnlich PLANDER/SCHMIDT[845], denen zufolge "wahrscheinlich" sein muß, daß die Haushaltmittel nach Ablauf des Sonderprogramms nicht mehr zur Verfügung stehen. PLANER/SCHMIDT gehen offenbar auch davon aus, daß Sonderprogramme keine längere Dauer als zwei Jahre haben können[846].

dd) Konjunkturprogramme

Zumindest Sonderprogramme zur Konjunkturbelebung sind wegen eines unabweisbaren praktischen Bedürfnisses als sachlich gerechtfertigt anzuerkennen[847].

---

840) In Rechtsprechung und Literatur findet sich keine Definition des Sonderprogramms.

841) Vgl. aber unten γγ zu der Frage, ob eine Befristung zur Verausgabung von Haushaltsresten zulässig ist.

842) Die von SCHRÖTER auf S. 150 gebildete Obergruppe "befristeter Arbeitsanfall und befristete Haushaltsmittel", der auch die Befristung wegen Ungewißheit über künftige Haushaltspläne zugeordnet wird, ist deshalb nicht sinnvoll.

843) Zur Befristung aus Haushaltsgründen siehe unten hh

844) Urt. vom 5.5.61, a. a. O. (Fn. 838)

845) AuR 1979, 321 (328), unter E VI 6

846) Siehe das unten (§§ , bei Fn. 852) wiedergegebene wörtliche Zitat.

847) So auch WIEDEMANN/PALENBERG (RdA 1977, 85 (90), unter II 1 a), die Befristungen bei Programmen zur Belebung der Wirtschaft allerdings einem Sachgrund "Haushaltsgründe" zuschlagen.

ββ) Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen

Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen der Bundesanstalt für Arbeit sind ein Spezialfall der Sonderprogramme und können ebenfalls Befristungen rechtfertigen[848].

γγ) Haushaltsreste

Ein praxiswichtiges Problem ist die Frage, ob die öffentliche Hand "Haushaltsreste", also Spitzenbeträge der für das betreffende Haushaltsjahr zugewiesenen Mittel, durch befristete Arbeitsverträge ausgeben darf. In Rechtsprechung und Literatur finden sich hierzu keine Äußerungen. Viel erörtert wird nur, ob aus "Haushaltsgründen" befristet werden darf. Damit sind Befristungen wegen Unsicherheit oder konkret begründeten Zweifeln gemeint, ob die durch zukünftige Haushaltspläne zugewiesenen Mittel für die betreffende Stelle ausreichen werden[849]. Bei Haushaltsresten gibt aber nicht Ungewißheit hinsichtlich späterer Mittelzuweisung den Anlaß zur Befristung, sondern der unabhängig von der Vorhersehbarkeit späterer Zu-

---

848) LAG Frankfurt, Urt. vom 27.6.78, 9 Sa 1331/77, AR-Blattei D "Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis VIII", Entscheidung 29; KOCH BB 1978, 1218 (1222), unter 4.3 (KOCH konnte zur Zeit dieses Aufsatzes das Urteil des LAG Frankfurt noch nicht bekannt sein). So im Ergebnis auch KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 150. HILLEBRECHT bezeichnet im Fall einer einmaligen Arbeitsaufgabe (von ihm "Aufgabe von begrenzter Dauer" genannt) die Befristung wegen Arbeitsbeschaffungsmaßnahme als sachlich gerechtfertigt. In den nicht gerechtfertigten Fällen sei die Befristung dennoch zulässig, weil keine Kündigungsbestimmungen umgangen würden: Das Arbeitsverhältnis kann gemäß § 93 II 2 AFG ohnehin ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden, wenn das Arbeitsamt den Arbeitnehmer abberuft, was auch in der Form einer befristeten Zuweisung geschehen kann.

849) Siehe dazu unten hh

weisungen eintretende Umstand, daß von den bereits bewilligten Mitteln des laufenden Haushaltsjahres ein Restbetrag übrig bleibt - etwa durch Schwankungen im Bedarf an sachlichen Mitteln -, der für vorübergehende Einstellungen genutzt werden könnte. Diese Problematik ähnelt der sogleich unten[850)] zu erörternden Zurverfügungstellung von einmaligen Mitteln durch Privatpersonen.

Das BAG hat 1981[851)] entschieden, daß vorübergehend freie Haushaltsmittel zur Vergütung von Lehrkräften keinen sachlichen Grund für Zeitverträge darstellen. Im entschiedenen Fall waren wegen der Beurlaubung einer anderen Lehrkraft für den Zeitraum der Befristung Haushaltsmittel freigeworden. Nach Ansicht des Senats kann etwas anderes "nur dann gelten, wenn bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses eines befristeten Arbeitsvertrages feststeht, daß nach Ende der Befristung keine weiteren Mittel zur Verfügung stehen werden".

Demnach verweigert der erkennende Senat der hier diskutierten Fallgruppe die Anerkennung als Sachgrund. Die genannte Einschränkung, die in diesem Urteil gemacht wird, spricht aber dafür, daß das BAG den Fall gar nicht als einer besonderen Fallgruppe zugehörig erkannt hat, sondern ihn wie eine Befristung wegen unsicherer Haushaltsmittel behandelt. Dies wird jedoch den Besonderheiten einer solchen Fallgestaltung nicht gerecht. Für die Zulässigkeit von Befristungen bei Haushaltsspitzen spricht, daß dem Einzustellenden durch ein Verbot solcher Befristungen nicht gedient ist, weil die betreffende Behörde dann häufig nicht unbefristet einstellen und nach Verbrauch der Mittel betriebsbedingt kündigen wird, sondern die Spitzenbeträge lieber verfallen läßt, um Unannehmlichkeiten etwa durch einen Kündigungsschutzprozeß zu vermeiden. Hinzu kommt, daß es in einem solchen Fall auch für den Arbeitnehmer vorteilhafter sein kann, durch eine von vornherein vereinbarte

---

850) unter ß

851) Urt. vom 30.9.81, 7 AZR 789/78, AP Nr. 61 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Begrenzung des Arbeitsverhältnisses auf dessen vorübergehende Natur hingewiesen zu werden. Andererseits besteht in der Praxis die Gefahr, daß die nach ganz h. M. bestehende Unzulässigkeit aus Haushaltsgründen umgangen werden könnte, imdem die Behörde sich auf Haushaltsspitzen beruft. Wenn die Gerichte aber diese Gefahr erkennen, dürfte es nicht schwer fallen, dem entgegenzuwirken. Beispielsweise könnte es nicht anerkannt werden, wenn viele Jahre hintereinander ein erheblicher Teil des betreffenden Haushaltspostens (mehr als 10 %) als "Spitzenbetrag" durch Fristverträge verausgabt würde. In einem derartigen Fall wären nämlich auch unbefristete Verträge möglich gewesen.

Nach alledem halte ich es für interessengerecht, eine Befristung zur Verausgabung von Haushaltsresten entgegen der Ansicht des BAG prinzipiell zuzulassen.

ßß) Sonstige Fälle der Zurverfügungstellung einmaliger Mittel durch die öffentliche Hand

Die Zulässigkeit von Befristungen wegen Bereitstellung einmaliger Mittel durch die öffentliche Hand muß m. E. nicht auf die bisher erörterten Fallgruppen beschränkt sein.

So halten PLANDER/SCHMIDT ein auf bis zu zwei Jahre Dauer angelegtes Sonderprogramm zur Einstellung wissenschaftlicher Mitarbeiter für zulässig, wenn "wahrscheinlich ist, daß die dafür bereitgestellten Haushaltsmittel später nicht mehr zur Verfügung stehen"[852].

852) AuR 1979, 321 (328), unter E VI 6. PLANDER/SCHMIDT bejahen die Zulässigkeit ausdrücklich unter dem Gesichtspunkt eines Sonderprogramms, während sie ein (langfristiges) Oberlastprogramm zur Bewältigung des "Studentenbergs" nicht als Sachgrund ansehen.

Das LAG Frankfurt hat 1978[853] die Befristung hessischer Lehrer auf drei Jahre unter anderem deshalb als zulässig angesehen, weil die Bezahlung aus im Haushaltsplan 1976 auf nur drei Jahre ausgewiesenen Sondermitteln erfolgte und keine Planstellen eingerichtet worden waren. Dieses Urteil wird von KR-HILLEBRECHT[854] zustimmend referiert. Das BAG hat zwar in seinen Urteilen vom 14.1.82[855] die hessische Befristungspraxis als unzulässig angesehen und auch das genannte LAG-Urteil aufgehoben, woraus aber m. E. nicht geschlossen werden darf, daß das aufgehobene Urteil in diesem Punkt falsch war. Inzwischen war nämlich die Befristungspraxis jahrelang weiter fortgesetzt worden, wodurch die Behauptung einer nur vorübergehenden, einmaligen Bereitstellung von Mitteln inzwischen - aber noch nicht zum Zeitpunkt der LAG-Entscheidung - unglaubwürdig geworden war.

Ich würde PLANDER/SCHMIDT und dem LAG Frankfurt zustimmen. Wenn beispielsweise ein Landesparlament wegen unerwarteter Steuermehreinnahmen die Einstellung arbeitsloser Lehrer für ein Jahr anstrebt, die Bezahlung dieser zusätzlichen Arbeitskräfte aber als in späteren Haushaltsplänen nicht unterzubringen ansieht, sollte m. E. eine Befristung zulässig sein. Daß bei unbefristeter Einstellung eine betriebsbedingte Kündigung möglich wäre, sobald nicht mehr genügend Haushaltsmittel zur Verfügung gestellt werden, hindert nicht die Zulässigkeit, wie oben unter b) dargelegt wurde. Hierfür ist bei dieser Fallgruppe besonders die Vermeidung einer sozialen Auswahl von Bedeutung. Richtig ist m. E. auch, daß das BAG eine Rechtfertigung

---

853) Urt. vom 4.7.78, 9 Sa 1342/77, BB 1978, 426. An den Urteilsgründen ist zu kritisieren, daß zwei unterschiedliche in Betracht kommende Sachgründe, nämlich das Vorliegen eines Sonderprogramms und die "Sicherstellung der Unterrichtsversorgung" (also Mehrarbeit), in der Argumentation nicht getrennt behandelt, sondern miteinander verquickt werden. Diesen Mangel übernimmt KR-HILLEBRECHT in Rdnr. 186 zu § 620 BGB.

854) a. a. O. (Fn. 853)

855) 2 AZR 245/80, NJW 1982, 1475; 2 AZR 254/81, NJW 1982, 1478.

der hessischen "Sonderprogramme" verneint hat[856]. Die von WALZ[857] zu dem 1976 begonnenen hessischen "Sonderprogramm für geburtenstarke Jahrgänge"[858] aufgeworfene Frage, ob "die öffentlichen Arbeitgeber sich - durch entsprechenden Ausweis von Finanzmitteln als Sonderprogramm, Notmaßnahme o. ä. - selbst den "Persilschein" für die von ihnen abgeschlossenen Zeitverträge ausstellen" können, ist selbstverständlich in dieser Zuspitzung zu verneinen. Wenn erkennbar ist, daß die Bezeichnung als Sonderprogramm lediglich vorgeschoben war, so kann der nur vorgeschobene Sachgrund die Befristung nicht rechtfertigen.

β) Zurverfügungstellung von einmaligen Mitteln durch Privatpersonen

Die Begrenzung der Dauer einer Tätigkeit nicht durch die Natur der Aufgabe, sondern durch die dafür ausgeworfenen Mittel kann nicht nur im Bereich der öffentlichen Hand, sondern auch bei privaten Arbeitgebern auftreten, etwa wenn ein nicht gewerblicher Arbeitgeber sich vorübergehend, etwa wegen in dieser Zeit besonders hoher Einkünfte oder nach einem Lottogewinn, den Luxus erlauben will, Arbeiten, die er sonst selbst besorgt (z. B. Gartenarbeiten, Putzarbeiten oder Zuarbeit für freiberufliche Tätigkeit), einem Arbeitnehmer zu übertragen. Der Gesichtspunkt der "Konkurrenz" zwischen Stammarbeitskräften und zusätzlich Eingestellten besteht in einem solchen Fall nicht, vielmehr stellt sich nur die Frage, ob allein die Absicht, aus subjektiven, nicht in der Eigenart der Tätigkeit liegenden Gründen Dienste nur für eine im voraus (sozusagen willkürlich) festgelegte Zeit in Anspruch zu nehmen, einen Sachgrund dar-

---

856) Kritisch zu diesem Sonderprogramm außer WALZ (siehe bei Fn. 857) auch OTTE, S. 33, unter 1.

857) ZRP 1978, 77 (78)

858) Mit den geburtenstarken Jahrgängen sind die Jahrgänge der Schüler, nicht diejenigen der Lehrer gemeint. Deshalb liegt an sich der Befristungsgrund "Mehrarbeit" näher als der Gesichtspunkt des Sonderprogramms.

Zu dem mit dem Schuljahr 1976/77 begonnenen hessischen Sonderprogramm siehe OTTE S. 33, unter 1, mit Nachweis des einschlägigen Erlasses.

stellt. Da es sich immerhin um ein berechtigtes Interesse handelt, gebietet m. E. die Vertragsfreiheit, einen solchen Sachgrund trotz der großen Umgehungsgefahr anzuerkennen. Allerdings wird man bei diesem Befristungsgrund keinerlei Verlängerung des Zeitvertrags zulassen dürfen, weil andernfalls die Umgehungsmöglichkeiten ausufern würden. Ferner wird dieser Sachgrund im gewerblichen Bereich nicht in Betracht kommen, denn in einem Gewerbebetrieb spielt es für die Frage, ob für einen bestimmten Zweck ein Arbeitnehmer eingestellt werden soll, keine Rolle, ob etwa vorübergehend außergewöhnliche Mittel vorhanden sind, sondern entscheidend ist allein, ob der zusätzliche Arbeitnehmer erforderlich ist und sein Einsatz rentabel ist.

cc) Periodisch wiederkehrender Arbeitsanfall, insbesondere Saisonarbeitsverhältnisse

Bei periodischem Arbeitsanfall ist die Tätigkeit wie bei einer einmaligen Arbeitsaufgabe auf eine relativ kurze Zeitspanne begrenzt. Der Unterschied zur einmaligen Arbeitsaufgabe besteht darin, daß die Tätigkeit mit bestimmten Unterbrechungen immer wieder von neuem anfällt.

d) Saisonarbeitsverhältnisse

Die am häufigsten genannte Form periodischen Arbeitsanfalls sind Saisonarbeitsverhältnisse (einschließlich Kampagnebetrieben[859]). Nach einer verbreiteten Definition[860] sind Saisonbetriebe solche, die regelmäßig in einer bestimmten Jahreszeit

---

859) Kampagnebetriebe produzieren nur während der Kampagne, siehe WOLTERECK/LEWERENZ, AR-Blattei D "Saisonarbeit I", unter A I 1.

860) OTTE S. 134, unter Hinweis auf WOLTERECK/LEWERENZ, AR-Blattei D "Saisonarbeit I", unter A I 2; GUMPERT, BB 1961, 645; MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 68.

verstärkt arbeiten, mag dies wetterbedingt oder durch bestimmte jahreszeitliche Produktion begründet sein[861]. Der weitaus häufigste Fall ist, daß die Arbeit überhaupt nur in der Saison anfällt. Nur dann kann man von periodischem Arbeitsanfall in dem hier gemeinten Sinn sprechen[862], während bei lediglich erhöhtem Arbeitsanfall Mehrarbeit[863] vorliegt[864].

Nach h. M. sind Befristungen bei Saisonarbeitsverhältnissen zulässig[865].

Die Gegenmeinung wird von WIEDEMANN, SCHRÖTER und OTTE vertreten, während MünchKomm-SCHWERDTNER die Zulässigkeit als

---

861) Beispiele nennt v. HOYNINGEN-HUENE in HUECK, KSchG, § 22 Rdnr. 2a, mit Rechtsprechungsnachweisen: wetterbedingt bei Ziegeleien, Kiesgruben, Badeanstalten; jahreszeitliche Produktion bei Weihnachtsartikeln und Kisten mit Frühgemüse.

862) Das bedeutet nicht, daß es sich um Kampagnebetriebe handeln muß. Es besteht nämlich die Möglichkeit, daß der Saisonbetrieb außerhalb der Saison seine Tätigkeit nicht völlig einstellt (und deshalb kein Kampagnebetrieb ist), aber eine bestimmte Tätigkeit nur während der Saison anfällt.

863) Dazu unten dd

864) Man mag gegen diese Unterscheidung einwenden, daß damit Zusammengehöriges auseinandergerissen werde. Demgegenüber ist zu bedenken, daß der Begriff des Saisonarbeitsverhältnisses nicht für die Befristungsproblematik entwickelt worden ist, sondern anderen Regelungen (insbes. § 22 KSchG) entstammt und ungeprüft übernommen worden ist. Für das Problem der sachlichen Rechtfertigung von Zeitverträgen ist dieser Begriff weniger sinnvoll als die Unterscheidung zwischen Arbeiten, die zeitweilig völlig entfallen (periodischer Arbeitsanfall) und solchen, bei denen lediglich die Arbeitsmenge schwankt (Mehrarbeit), denn bei letzteren ist die Gefahr von sachlich nicht gerechtfertigten Befristungen größer.

865) BAG (GS) Beschluß vom 12.10.60, GS 1/59 (3 AZR 65/56), unter C 3, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG Urt. vom 20.10.67, 3 AZR 467/66, AP Nr. 30 a. a. O. (Befristung auf das Ende der Vegetationsperiode bei Forstarbeiten); HUECK, ArbR I, S. 531; GUMPERT, BB 1961, 645; WOHNSEIFER, S. 82; BÖHM, S. 111; PALME, BlStSoz ArbR 1970, 268 (269), IV 1 a; KOCH BB 1978, 1218 (1221), 4.3; SCHAUB, Handbuch, § 39 I 2, S. 156; RICHARDI, DB 1981, 1461, unter II 2; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 181f.

zweifelhaft bezeichnet[866]. WIEDEMANN[867] verneint einen Sachgrund dann, wenn der Arbeitsplatz in regelmäßigen und voraussehbaren Abständen wiederbesetzt wird und für den Arbeitnehmer das "zentrale Beschäftigungsverhältnis darstellt", womit gemeint ist, daß die Saison mehrere Monate pro Jahr andauern muß. Im gleichen Sinn verneint SCHRÖTER[868] einen Sachgrund, wenn der Arbeitgeber ein Interesse daran hat, in jeder Saison wieder auf die eingearbeiteten Kräfte der letzten Saison zurückgreifen zu können. Ähnlich die Auffassung von OTTE[869], nach der bei befristeten Saisonarbeitsverhältnissen der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung (in der nächsten Saison) nicht verweigern kann, weil auch die Möglichkeit eines Dauerarbeitsverhältnisses bestünde, das während der Ruheperiode suspendiert bleibt. Dem kann aber nicht gefolgt werden, denn diese zu Gunsten der Arbeitnehmer gemeinte Konstruktion ist diesen bei Saisonarbeitsverhältnissen nicht zumutbar, weil während der Suspendierung kein Anspruch auf Arbeitslosengeld besteht[870]. Auch ist das weitere Argument von OTTE unzutreffend, der Gesetzgeber gehe von unbefristeten Arbeitsverträgen aus, weil § 22 KSchG Saison- und Kampagnebetriebe vom Kündigungsschutz für

---

866) § 620 BGB Rdnr. 68. Die betreffende Formulierung von SCHWERDTNER ("Ob auch Saisonarbeitsverhältnisse hierunter fallen, ist zweifelhaft.") wäre zwar nach dem Zusammenhang dieses Satzes so zu verstehen, daß zweifelhaft ist, ob Saisonarbeitsverhältnisse zu den Zweckbefristungen gehören. Die von SCHWERDTNER hierzu zitierten Nachweise zeigen jedoch, daß SCHWERDTNER die Zulässigkeit von Saisonbefristungen meint.

867) Festschrift LANGE, 1970, S. 395 (406f.)

868) S. 160

869) S. 137

870) Siehe WEBER/PAUL, AFG, § 101 Anm. 2; WOLTERECK/LEWERENZ, AR-Blattei D "Saisonarbeit I", unter B I 2. KR-HILLEBRECHT (§ 620 BGB Rdnr. 182) lehnt die Ansicht von WIEDEMANN auch aus diesem Grund ab (vorwiegend aber deshalb, weil dem allgemeinen Kündigungsschutz kaum praktische Bedeutung zukomme und Kündigungen betriebsbedingt wären; diese Argumente sind allerdings nicht schlüssig, wenn man ein zeitweilig suspendiertes Dauerarbeitsverhältnis annimmt).

Massenentlassungen ausnimmt, die durch die Eigenart der Betriebe bedingt sind. Vielmehr ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber diesen Betrieben den Abschluß unbefristeter Arbeitsverträge erleichtern wollte. Hätten damit Befristungen in diesem Bereich unzulässig werden sollen, so hätte der Gesetzgeber dies deutlich zum Ausdruck gebracht, da Saisonarbeitsverhältnisse seit jeher als Paradebeispiele zulässiger Befristungen gelten.

WOLTERECK/LEWERENZ folgen grundsätzlich der h. M.[871], machen aber den Vorschlag[872], daß bei Saisonarbeitsverhältnissen "für die Wirksamkeit der Befristung das Angebot einer Wiedereinstellung zur nächsten Saison verlangt werden muß". Dies ist offenbar im Sinne einer Option des Arbeitnehmers zu verstehen. Der Vorschlag erscheint sehr interessant und sollte diskutiert werden[873]. Dogmatisch könnte eine solche "Optionspflicht" in der Weise hergeleitet werden, daß die Arbeitgeberinteressen die gegenläufigen Interessen des Arbeitnehmers nur dann überwiegen, wenn für die Nachteile der Befristung für den Arbeitnehmer in der genannten Weise ein Gegengewicht geschaffen wird[874]. Fraglich ist aber, ob eine solche Option bei Saisonarbeitsverhältnissen überhaupt praktikabel ist. U. U. kann der Arbeitgeber in der nächsten Saison weniger Arbeitnehmer als in der vorhergehenden einstellen. Die Option wäre deshalb wohn nur unter der auflösenden Bedingung eines ver-

---

871) AR-Blattei D "Saisonarbeit I", unter B I 1

872) a. a. O. (Fn. 871), unter B IV 6, a. E. (Rückseite des 8. Forts.-Bl.)

873) Bisher scheint dieser Vorschlag in Literatur und Rechtsprechung noch nicht erörtert worden zu sein, obwohl der Beitrag zur AR-Blattei bereits 1972 erschienen ist.

874) Demgegenüber gehen WOLTERBECK/LEWERENZ, a. a. O. (Fn. 872), zu Unrecht offenbar davon aus, daß zur dogmatischen Begründung ihres Vorschlags eine Analogie zum KSchG erforderlich sei.

ringerten Arbeitskräftebedarfs möglich. Für den Fall einer solchen Verringerung müßte der Arbeitgeber sich verpflichten, keine "neuen" Arbeitnehmer einzustellen, soweit bisherige Beschäftigte an einer Einstellung interessiert sind. Damit wäre sichergestellt, daß die bisherigen Arbeitskräfte jedenfalls soweit zum Zuge kommen, als dies nach der Zahl und Art der zu besetzenden Arbeitsplätze möglich ist. Allerdings hätte der Arbeitgeber bei einem Oberschuß der an einer Wiedereinstellung interessierten Kräfte der letzten Saison über die Zahl der nunmehr zu besetzenden Stellen die freie Auswahl unter diesen Bewerbern[875].

Einen Sonderfall bei der Frage der Saisonbefristung bildet das Baugewerbe. Hier ist zunächst zu unterscheiden zwischen den Stammarbeitnehmern, die nur während "Zwangspausen", insbesondere Frostperioden, nicht benötigt werden, und zusätzlichen Arbeitskräften für den Spitzenbedarf. Für letztere gilt das unten[876] Ausgeführte. Für die erste Gruppe ist - trotz Winterbau - ein periodischer Arbeitsanfall mit einer winterlichen Unterbrechung i. d. R. gegeben. Eine gesetzliche Sonderregelung kommt aber den Interessen des Arbeitgebers soweit entgegen, daß die gegen eine Befristung gerichteten Interessen des Arbeitnehmers trotz des periodischen Arbeitsanfalls überwiegen. Diese Sonderregelung enthalten die §§ 74 ff. AFG, die der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft[877] dienen. Im Zusammenspiel mit dieser Förderung ist § 4 Nr. 5.1 BRTV-Bau zu sehen, wonach bei witterungsbedingtem Arbeitsaus-

---

875) Der Nachteil einer Befristung, daß der Arbeitnehmer sich unter dem Druck fühlen kann, sich dem Arbeitgeber nicht mißliebig zu machen, kann also auch bei einem nach dem Vorschlag von WOLTERECK/LEWERENZ ausgestalteten Arbeitsverhältnis auftreten, sofern der Arbeitnehmer eine Verringerung des Arbeitskräftebedarfs in einer späteren Saison befürchtet.

876) unter dd ß BB, a. E., zur Mehrarbeit im Baugewerbe

877) VO über die Betriebe des Baugewerbes, in denen die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist (Baubetriebs-VO) vom 19.7.1972, BGBl. I S. 1257, mit Änderung durch VO vom 30.4.1975, BGBl. I S. 1056.

fall der Lohnanspruch des Arbeitnehmers entfällt, das Beschäftigungsverhältnis aber nicht berührt wird[878]. Für Stammarbeitskräfte im Baugewerbe im Geltungsbereich der §§ 74 ff. AFG ist deshalb eine Befristung auch bei periodischem Arbeitsanfall nicht gerechtfertigt[879].

Saisonarbeitsverhältnisse werden häufig in der Befristungsform der Zweckbefristung abgeschlossen. Die Frage, ob diese Befristungsart überhaupt zulässig ist, und wenn ja, ob sie bei diesem Sachgrund zulässig ist, muß von der oben behandelten Frage unterschieden werden, ob saisonweiser Arbeitsanfall Befristungen (überhaupt) rechtfertigen kann. Zu dem Meinungsstand hinsichtlich Zweckbefristungen siehe oben 2. Teil B II, und speziell zu Zweckbefristungen bei Saisonarbeitsverhältnissen siehe KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 67.

B) Sonstige Fälle periodisch wiederkehrenden Arbeitsanfalls

Periodischer Arbeitsanfall kann nicht nur in der Weise auftreten, daß für einige Monate im Jahr ein Vollzeitarbeitsplatz zu besetzen ist, wie dies bei Saisonarbeit der Fall ist. Vielmehr können auch über das ganze Jahr verteilt in regelmäßigen oder - seltener - unregelmäßigen Abständen Beschäftigungszeiten mit beschäftigungslosen Zeiten wechseln. Wenn der Arbeitnehmer für die beschäftigungslosen Zeiten ein anderes Arbeitsverhältnis gar nicht anstrebt, entfällt das oben (unter d) dargelegte Argument gegen die Annahme eines Dauerarbeitsverhältnisses, daß ein solches gerade dem Arbeitnehmer nicht zumutbar ist, weil für Zeiten bloßer Suspendierung Arbeitslosengeld nicht möglich ist. Es kann deshalb jedenfalls im Ergebnis für solche Fälle der neuen Rechtsprechung zugestimmt werden, die

878) In § 4 Nr. 5 BRTV-Bau ist ferner die "Witterungskündigung" ausdrücklich verboten.

879) Ebenso und mit in der Substanz gleicher Begründung (aber mit dem dogmatischen Ansatz einer Analogie zum KSchG) OTTE, S. 137f.; ähnlich und mit gleichem Ergebnis MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 71.

bei periodischem Arbeitsanfall ein unbefristetes Teilzeitarbeitsverhältnis als zumutbar ansieht und die Zulässigkeit von Befristungen deshalb verneint. Diese Rechtsprechung hat ihren Ausgangspunkt bereits in einem (später in Vergessenheit geratenen) Urteil des LAG Kiel vom 25.5.1955[880], in dem die Befristung von Verkäuferinnen auf Samstag und Sonntag an jedem Wochenende "zur Aushilfe" als unzulässig angesehen wird. Hierbei handelt es sich allerdings um "Mehrarbeit" (dazu sogleich, unten dd), also nicht um die hier erörterte Fallgruppe. Das BAG hat in dem "periodischen Arbeitsanfall" betreffenden Urteil vom 27.3.1969[881] im gleichen Sinn entschieden, ohne dieses LAG-Urteil zu zitieren. Klägerin war eine jeweils zwei Tage am Monatsende beschäftigte Rentenzahlaushilfe. Das Gericht hat einen sachlichen Grund verneint, weil die Post als Arbeitgeberin ein Interesse daran hatte, einen Stamm eingearbeiteter Kräfte zu haben. Da somit ein Dauerinteresse auch auf der Arbeitgeberseite vorlag, war der Post nach Ansicht des Senats der Abschluß unbefristeter Arbeitsverträge zumutbar, die Befristung deshalb unwirksam[882]. Das nächste BAG-Urteil[883] zu dieser Frage hat einen Fall zum Gegenstand, bei dem die Arbeit nicht in regelmäßigen Zeitabständen, sondern unregelmäßig anfiel. Es handelt sich um einen Requisiteur, der von einer Fernsehanstalt bei Eigenproduktionen beschäftigt wurde, zwischen denen aber beschäftigungslose Zeiten lagen.

---

880) 2 Sa 64/55, AP Nr. 3 zu § 9 MuSchG

881) 2 AZR 302/68, AP Nr. 31 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

882) Das BAG hat sich in diesem Urteil allerdings darüber hinweggesetzt, daß das Arbeitsverhältnis nach dem einschlägigen Tarifvertrag zu befristen war. Zu dem Einfluß von Tarifverträgen auf die Zulässigkeit von Befristungen siehe oben bei Fn. 46. Auch wenn man das Urteil im konkreten Fall wegen dieser tarifvertraglichen Regelung als falsch ansieht, liegt die Bedeutung dieser Entscheidung darin, daß jedenfalls bei Fehlen einer anwendbaren Tarifregelung eine Teilzeitbeschäftigung mit unbefristetem Arbeitsvertrag erforderlich ist.

883) vom 2.6.76, 5 AZR 131/75, AP Nr. 20 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

Das BAG hat auch in diesem Fall ausgeführt[884], daß nicht schon deshalb befristet werden darf, weil die Arbeit nicht kontinuierlich geleistet werden soll, wenn "die Parteien an eine Dauerbeschäftigung denken und auf beiden Seiten ein Interesse an dieser Dauerbeschäftigung besteht". Es liege deshalb ein Teilzeit-Dauerarbeitsverhältnis vor. Demgegenüber hatte noch 1967, also vor dem ersten Urteil des BAG zu dieser Problematik, das LAG Berlin[885] einen Sachgrund für die befristete Beschäftigung eines Aufnahmeleiters für Fernsehaufnahmen angenommen, da aufgrund des geringen Produktionsumfangs ein Aufnahmeleiter nicht dauernd erforderlich war.

Die neuere Rechtsprechung hat in der Literatur weitgehend Zustimmung gefunden[886]. Wohl ablehnend ist die Stellungnahme von BEUTHIEN[887]. Zutreffend ist an der Kritik von BEUTHIEN, daß Rechtsnatur und Inhalt der "Rahmenbeziehung" noch genauer untersucht werden müßten. Auch eine etwas unscharfe Äußerung von MünchKomm-SCHWERDTNER[888] ist wohl als eher ablehnend gegenüber der Rechtsprechung zu verstehen.

Im übrigen geben gerade die Urteile aus dem Medienbereich Anlaß zu dem Hinweis, daß der Fragestellung, ob für die Beschäftigungszeiten ein Sachgrund für eine Befristung gegeben ist, das Problem vorgelagert ist, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Nur wenn der Dienstnehmer als Arbeitnehmer und nicht als Selbständiger zu qualifizieren ist, stellt sich überhaupt die Frage der Zulässigkeit einer Befristung[889]. Aus der Rechtsprechung ist diese vorgelagerte Problematik vor allem in Gestalt von Freie-Mitarbeiter-Verträgen der Rundfunkan-

---

884) unter 2 c der Gründe

885) Urt. vom 29.6.67, 6 Sa 15/67, AP Nr. 29 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

886) WOHNSEIFER, S. 76, zustimmend zu dem Urteil des LAG Kiel; LINDER, DB 1975, 2082, in Fn. 93 zust. zu BAG Urt. vom 27.3.69; zust. zu BAG Urt. vom 2.6.76 KREUTZ, ZfA 1977, 489 und LIEB, SAE 1977, 117 (118).

887) RdA 1978, 7

888) § 620 BGB Rdnr. 69

889) Siehe oben 1. Teil B I

stalten bekannt[890]. Die sehr schwierige Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs kann hier nicht diskutiert werden, und es kann nicht einmal der Streitstand referiert werden, weshalb ich mich auf den bloßen Hinweis auf diese Vorfrage beschränken muß. KREUTZ[891] weist zutreffend darauf hin, daß eventuell unerwünschte Ergebnisse der oben referierten Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Arbeits- und freiem Dienstvertrag korrigiert werden können.

dd) Mehrarbeit

Wenn die Einstellung des Arbeitnehmers nicht durch eine nur vorübergehende Aufgabe veranlaßt wird, sondern durch eine vorübergehende Zunahme der Menge der "normalen" Arbeit, bezeichne ich dies als Mehrarbeit[892].

α) Nach h. M. grundsätzliche Zulässigkeit von Befristungen wegen Mehrarbeit

αα) H. M.

Daß Befristungen gerechtfertigt sein können, wenn "der Arbeitsanfall starken und unvorhersehbaren Schwankungen unterliegt", hat schon A. HUECK[893] ausgesprochen, der aber die Bedeutung

---

890) Das in Fn. 883 zitierte Urteil des BAG, das einen solchen "freien Mitarbeiter" betrifft, unterscheidet mit der wünschenswerten Klarheit zwischen den Prüfungspunkten "Arbeitsverhältnis" und "sachlicher Grund".

891) ZfA 1977, 490

892) Der Ausdruck "Mehrarbeit" wird aber auch für die von mir als "einmalige Arbeitsaufgabe" bezeichnete Fallgruppe verwendet, so in dem Urteil des BAG vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG, unter 5. der Gründe, Bl. 4.

893) ArbR I, § 55 III 6, S. 537, Fn. 39. Die von HUECK zitierten BAG-Urteile AP Nr. 5 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag und AP Nr. 29 zu § 1 KSchG, die sich mit Beschäftigungen beim Notaufnahmeverfahren für Flüchtlinge befassen, betreffen allerdings die von mir als "fragliche Entwicklung des Umfangs der Aufgabe" bezeichnete Fallgruppe (zu dieser unten ff) und nicht Mehrarbeit.

der Besonderheiten des einzelnen Falles betont. Meist wird im Schrifttum nicht so fein differenziert, daß man die spezielle Fallgruppe "Mehrarbeit" wiedererkennen könnte. Man kann aber davon ausgehen, daß auch diese Autoren - wie manche dies ausdrücklich tun - solche Fälle als "Aushilfe"[894] oder "einmaligen Arbeitsanfall" ansehen würden.

Die von mir umrissene Fallgestaltung hat in einem Urteil des 4. Senats des BAG von 1979[895] und bereits 1969 in einer Entscheidung des LAG Bayern[896] als Sachgrund Anerkennung gefunden. Der Ausdruck "Mehrarbeit" wird allerdings in beiden Urteilen nicht gebraucht[897]. Bei dem BAG-Urteil handelt es sich um eine Angestellte beim Arbeitsamt, die auf dem Höhepunkt des Konjunktureinbruchs von 1975 zunächst für ein halbes Jahr, mit zwei Verlängerungen dann insgesamt eineinhalb Jahre, befristet eingestellt worden war, weil die Bundesanstalt für Arbeit von einer baldigen Besserung der Arbeitsmarktlage und damit Verringerung ihres Arbeitsanfalls ausging. In dem vom LAG entschiedenen Fall hatte ein Strickwarenfabrikant bei ei-

---

894) BÖHM, S. 151, nennt "zeitweilig erhöhten Arbeitsanfall - sog. Mehrarbeit - in der Industrie" als Beispiel für die "Bewältigung einer bestimmten einmaligen Arbeit", die er wiederum als Unterfall seiner Fallgruppe "Aushilfsarbeitsverhältnisse" auffaßt. AUFDERHAAR, S. 97, gibt als Beispiele für "Aushilfe" u. a. "Erledigung besonderer Eilaufträge, Anwachsen des Geschäfts vor Feiertagen, Inventuraufnahmen" an. Ähnlich GUMPERT, BB 1969, 1278 (1279), der "ungewöhnliche oder unerwartete Arbeitsspitzen" zum Sachgrund "Aushilfe" zählt. Auch der in SR 2y Nr. 1 c BAT enthaltene Begriff der Aushilfe umfaßt auch Mehrarbeit (Aufarbeiten eines Rückstands). Vgl. auch unten gg cc zum Begriff der Aushilfe bei Fristverträgen.

895) vom 29.8.79, 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

896) vom 7.8.69, 1 Sa 628/69, ABl. d. BAM 1970, S. C 17f.

897) Das BAG-Urteil, in dem der Rechtsstreit nicht abschliessend entschieden, sondern zurückverwiesen wird, stellt folgende Sachgründe für diesen Fall zur Auswahl: Aufgabe von begrenzter Dauer, Aushilfe ohne fachliche Qualifikation, Aufgabe im Rahmen eines Sonderprogramms.

Leerseite

ner plötzlichen Auftragssteigerung zusätzliche Arbeitskräfte befristet eingestellt, was vom LAG gebilligt wurde, weil er erfahrungsgemäß davon ausgehen konnte, daß es sich um eine modebedingte Konjunkturbesserung handelte, die bis zum Jahresende abebben würde.

ßß) Gegenmeinung

Demgegenüber ist DAMMANN[898] der Auffassung, daß "plötzlich vermehrter Arbeitsanfall" eine Befristung nicht rechtfertigen könne, weil die Möglichkeit einer betriebsbedingten Kündigung bei unbefristeter Beschäftigung ausreiche[899].

M. E. muß aber auch das Interesse des Arbeitgebers daran, bei nur vorübergehendem Bedarf die soziale Auswahl nach § 1 III KSchG zu vermeiden, als berechtigt anerkannt und als Befristungsgrund berücksichtigt werden[900].

γγ) Periodisch anfallende Mehrarbeit

Mehrarbeit kann auch periodisch anfallen, etwa bei Aushilfsverkäuferinnen, die an jedem Samstag beschäftigt werden. Dann stellt sich wie bei "periodischem Arbeitsanfall" die Frage, ob nicht ein unbefristetes Teilzeitarbeitsverhältnis abgeschlossen werden muß. Hierzu siehe oben cc ß.

---

898) AuR 1978, 65 (68), unter 3.

899) Ebenso DÄUBLER, ArbR 2, S. 318, für den Fall eines Auftragsrückgangs (vgl. unten ee γ zur absehbaren Verringerung des Personalbedarfs).

900) Hierzu ausführlicher oben b und 1. Teil C III 1 d cc, a. E. A. A. DÄUBLER, ArbR 2, S. 318.

ß) Abgrenzung der Mehrarbeit

Die einschlägigen Urteile des BAG[901] und des LAG Bayern[902] zeigen, daß es bei Anerkennung eines Sachgrundes "Mehrarbeit" entscheidend auf die Abgrenzung zu anderen Fallgruppen ankommt. Problematisch werden kann die Abgrenzung gegenüber Konjunkturgründen und gegenüber einmaligen Arbeitsaufgaben.

ßß) Abgrenzung gegenüber Konjunkturgründen

Ein Unterschied gegenüber Konjunkturgründen besteht darin, daß zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Dauer des erhöhten Bedarfs vorhersehbar ist, oder daß jedenfalls vorhersehbar ist, daß es sich nur um eine kurze Dauer handelt[903].

Bei dem die Befristung billigenden Urteil des LAG Bayern war eine kurze Dauer, nämlich nicht länger als bis Jahresende, vorhersehbar. Ebenfalls das Kriterium der (nach Ansicht des LAG[904] in diesem Fall fehlenden) Vorhersehbarkeit der Dauer war entscheidend dafür, daß das LAG Düsseldorf[905] als Vorin-

---

901) vom 29.8.79, 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

902) Siehe Fn. 896

903) Nach dem Urteil des BAG vom 29.8.79, a. a. O. (Fn. 901), reicht hierbei eine Wahrscheinlichkeit aus. Vorhersehbarkeit der Dauer bedeutet also nicht, daß die Dauer bzw. der Umstand, daß es sich jedenfalls um eine kurze Dauer handeln wird, mit Sicherheit feststeht. Dem ist zuzustimmen, denn eine sichere Prognose wird es in diesem Bereich selten geben, man muß sich deshalb mit Wahrscheinlichkeiten zufriedengeben. Siehe dazu auch sogleich Fn. 904.

904) Das BAG hat allerdings im Revisionsverfahren (Urteil vom 29.8.79, a. a. O. (Fn. 901) die Begründung dieses LAG-Urteils insofern als fehlerhaft bezeichnet, als dort die Möglichkeit einer Prognose über die Arbeitsmarktentwicklung verneint wird. Der Tatsachenrichter hätte "alle ihm vorgetragenen Erkenntnisquellen ausschöpfen" und ein "Wahrscheinlichkeitsurteil" über die Dauer aus der Sicht des Zeitpunkts des Vertragsabschlusses treffen müssen.

905) Urt. vom 3.5.77, 18 Sa 169/76, DB 1977, 2380

stanz des BAG-Urteils die Befristung von "Aushilfskräften" der Arbeitsämter wegen erhöhten Arbeitsanfalls durch verstärkte Arbeitslosigkeit nicht gebilligt, sondern den "Konjunkturgründen" zugeordnet hat; bei Unvorhersehbarkeit der Dauer des Bedarfs sei die unbefristete Einstellung sachgerecht. Ähnlich hat das BAG[906] in einem von ihm als "Mehrarbeit"[907] bezeichneten Fall verlangt, daß die Dauer nicht zu schwer überschaubar sein dürfe. Auch von WALZ[908] wird herausgestellt, daß bei "Bergen und Tälern" des Arbeitsanfalls die Dauer bei Abschluß des Fristvertrages fixierbar sein müsse.

Bei den Flüchtlingsaufnahme-Urteilen, in denen das BAG[909] die Befristung wegen der mangelnden Abschätzbarkeit des weiteren Arbeitsanfalls für die Flüchtlingsaufnahme-Ausschüsse als gerechtfertigt angesehen hat, fehlt es an der Vorhersehbarkeit der kurzen Dauer. In diesen Fällen war die Befristung durch die Ungewißheit motiviert, ob es sich um eine vorübergehende Arbeitsaufgabe bzw. vorübergehende Mehrarbeit handelte, oder ob alle Arbeitsplätze sich als Dauerarbeitsplätze erweisen würden. Nach der oben aufgezeigten Abgrenzung sind diese Fälle der Fallgruppe der "fraglichen Entwicklung des Umfangs der Aufgabe"[910], zu der insbesondere "Konjunkturgründe" gehören, zuzuordnen, weshalb eine Befristung richtigerweise nicht zuge-

---

906) Urt. vom 21.10.54, 2 AZR 25/53, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG

907) Der vom BAG entschiedene Rentenumstellungs-Fall, bei dem der Senat von "Mehrarbeit" spricht, wäre allerdings in die von mir definierten Fallgruppen als "einmalige Arbeitsaufgabe" einzuordnen. Das Kriterium der Oberschaubarkeit der Dauer muß aber bei der von mir enger definierten "Mehrarbeit"-Fallgruppe erst recht angewendet werden, weil hier die Gefahr des Ausuferns noch stärker ist.

908) ZRP 1978, 77 (78), unter III

909) vom 26.3.57, 3 AZR 608/54, AP Nr. 29 zu § 1 KSchG, mit zust. Anm. von NEUMANN-DUESBERG, und Urt. vom 26.3.57, 3 AZR 428/55, AP Nr. 5 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, mit Anm. von A. HUECK, der es als "rechtlich nicht unzulässig" ansieht, daß das BAG wegen der starken Schwankungen des Arbeitsanfalls die Befristungen als wirksam behandelt. Ähnlich das BAG-Urteil vom 12.5.55 (2 AZR 23/54, AP Nr. 2 a. a. O., unter II; betrifft statistisches Bundesamt), in dem hohe Schwankungen des Bedarfs und eine dadurch fehlende Absehbarkeit der erforderlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses als möglicher Sachgrund genannt werden.

910) Dazu unten ff

gelassen werden durfte[911]. Der Arbeitgeber hatte m. E. die aus der Ungewißheit sich ergebenden Risiken zu tragen. Der Umstand, daß in diesen Fällen die öffentliche Hand Arbeitgeber war, führt zu keiner anderen Beurteilung. Es ist zu vermuten, daß das BAG heute[912] in einem entsprechenden Fall anders entscheiden würde, weil inzwischen der Schutz des Arbeitnehmers für das BAG - parallel zu dem seither verstärkten gesetzlichen sozialen Schutz - stärker im Vordergrund steht als im Jahr 1957.

M. E. darf die vorhersehbare Dauer des erhöhten Bedarfs (bzw. die höchstmögliche Dauer, falls nur vorhersehbar ist, daß es sich jedenfalls um eine kurze Dauer handeln wird) nicht mehr als ein Jahr betragen[913]. Bei einem längeren Zeitraum ist

---

911) Nimmt man entgegen der hier vertretenen Meinung einen ausreichenden Sachgrund an, so stellt sich die weitere Frage, ob alle Arbeitnehmer befristet eingestellt werden dürfen, die mit der Tätigkeit von ungewisser Entwicklung betraut sind, oder ob nur für die über den Bedarf im "Beschäftigungstal" hinaus Eingestellten ein Zeitvertrag zulässig ist. Nimmt man letzteres an, so besteht das weitere Problem, ob die befristete Beschäftigung nur eines Teils der mit der betreffenden Tätigkeit betrauten Arbeitnehmer mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar ist.

912) Die in Fn. 909 zitierten Urteile ergingen ohnehin noch vor der maßgebenden Entscheidung des Großen Senats vom 12.10.60, a. a. O. (Fn. 865)

913) Eine zwingende Begründung für genau diese Grenze habe ich nicht, wie ja jeder Grenzziehung ein Element der Willkür anhaftet. Immerhin läßt sich sagen, daß der zulässige Zeitraum wegen der bei Mehrarbeit großen Gefahr einer nur vorgeschobenen Begründung für die Befristung möglichst kurz sein muß, daß aber andererseits eine Grenzziehung unterhalb von einem Jahr manchen berechtigten Bedürfnissen der Wirtschaft nicht genügen würde.

Ein Widerspruch zwischen der von mir bei einem Jahr angesetzten Grenze und dem Urteil des BAG vom 29.8.79 a. a. O. (Fn. 901) dürfte nicht bestehen. Zwar hat das BAG bei dieser Entscheidung eine sachliche Rechtfertigung für möglich gehalten, obwohl die Arbeitnehmerin eineinhalb Jahre lang wegen Mehrarbeit befristet beschäftigt worden war. Es besteht aber in dem entschiedenen Fall durchaus die Möglichkeit, daß zur Zeit des ersten Vertragsabschlusses eine Dauer der Mehrarbeit von höchstens einem Jahr zu erwarten war, und daß erst bei der zweiten Vertragsverlängerung (nach zehn Monaten Beschäftigungszeit) eine Ober-

ein Sachgrund "Mehrarbeit" nicht anzuerkennen, vielmehr ist der Sachverhalt dann wegen der zeitlichen Annäherung an Konjunkturzyklen der Fallgruppe der konjunkturellen Befristungsgründe, die keinen ausreichenden Sachgrund darstellen, zuzuordnen. Ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung gegenüber Konjunkturgründen ist die in dem BAG-Urteil zur Rentenumstellung von 1954[914] für "Mehrarbeit"[915] aufgestellte weitere Voraussetzung zu sehen, daß zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine anschließende neue Arbeitsaufgabe "ganz unwahrscheinlich" gewesen sein müsse.

Inhaltlich die gleiche Abgrenzung wie die in diesem Abschnitt dargelegte nimmt auch OTTE[916] vor, nur zugespitzt auf die "Schülerberg"-Problematik[917], und lediglich insofern von meiner Auffassung abweichend, als er bei Erfüllung der Kriterien eine "einmalige Arbeit" annehmen will.

ββ) Abgrenzung gegenüber einmaligen Arbeitsaufgaben

Auch gegenüber der Fallgruppe "einmalige Arbeitsaufgaben" kann eine Abgrenzung der "Mehrarbeit" erforderlich werden. Eine Abgrenzung ist sinnvoll, weil es sich bei den "einmaligen Arbeitsaufgaben" um diejenige Fallgruppe handelt, bei der eine Befri-

---

schreitung des Jahreszeitraums zu erwarten war. Wenn zur Zeit dieser zweiten Verlängerung wiederum eine Dauer von nicht mehr als einem weiteren Jahr zu erwarten war, würde auch ich die Befristungen als gerechtfertigt ansehen.

914) a. a. O. (Fn. 906)

915) Zur Bedeutung dieses Begriffs in dem Urteil des BAG siehe Fn. 907.

916) S. 172: Für eine einmalige Aufgabe im Schulbereich müsse man, um ausreichende Rechtssicherheit zu gewährleisten, eine "Bestimmbarkeit" in dem Sinn verlangen, daß der Mehranfall der Arbeit "sich hinreichend präzise vorhersagen" läßt, und ferner sei erforderlich "eine zeitliche Grenze, von der ab eine Aufgabe nicht mehr als begrenzt anzuerkennen ist".

917) Zu dieser siehe unten unter γ.

stung am ehesten unproblematisch und angemessen erscheint, während diese verhältnismäßig "unkritische" Haltung sich auf "Mehrarbeit" nicht übertragen läßt, weil hier eine weitaus stärkere Gefahr besteht, daß Dauerarbeitsplätze mit befristet Beschäftigten besetzt werden. Bei einer Befristung wegen "Mehrarbeit" können deshalb zusätzliche Oberlegungen und Anforderungen an die Zulässigkeit erforderlich sein.

Daß die Abgrenzung problematisch sein kann, zeigt das BAG-Urteil zu zusätzlichen Arbeiten anläßlich einer Rentenumstellung[918]. Ich würde so argumentieren, daß eine Rentenumstellung eine zusätzliche, im normalen Geschäfts- bzw. Verwaltungsablauf nicht vorkommende Tätigkeit und deshalb eine einmalige Arbeitsaufgabe[919] ist, während z. B. das Aufarbeiten eines Arbeitsrückstandes oder von Nachfragespitzen vor Feiertagen eine gegenüber der laufenden Tätigkeit gleichartige Arbeit und deshalb Mehrarbeit ist.

Das Problem einer Abgrenzung zwischen einmaligen Arbeitsaufgaben und Mehrarbeit besteht auch bei Bauarbeiten. Das BAG hat in drei neueren Entscheidungen ausgesprochen, daß "befristete Verträge im Baugewerbe" zulässig seien[920]. M. E. muß man im Baugewerbe unterscheiden zwischen Stammarbeitskräften, die nur in der Winterpause ausscheiden[921], und zusätzlichen Arbeitnehmern für den Spitzenbedarf. An dieser Stelle interessiert

---

918) a. a. O. (Fn. 906)

919) Das BAG spricht zwar - insbesondere unter 5. der Gründe - von Mehrarbeit, jedoch ohne den Begriff zu problematisieren. Es handelt sich nicht um eine inhaltliche Differenz zu der hier vertretenen Auffassung, sondern um einen bloßen terminologischen Unterschied.

920) Obiter dictum im Beschluß des Großen Senats vom 12.10.60, a. a. O. (Fn. 865), unter C 3; im Urteil vom 30.5.72 (1 AZR 427/71, AP Nr. 50 zu § 4 TVG Ausschlußfristen) wurde eine Befristung "bis zur Vollendung des Rohbaus" und im Urteil vom 20.5.76 (2 AZR 202/75, AP Nr. 4 zu § 305 BGB) bis zur "Fertigstellung der Arbeiten" als sachgerecht anerkannt.

921) zu diesen siehe oben cc α , a. E.

nur die zweite Gruppe. Eine einmalige Arbeitsaufgabe liegt nach meinem soeben genannten Abgrenzungskriterium nicht vor, weil der Bauunternehmer laufend Bauarbeiten ausführt, wobei lediglich der Umfang des Geschäftsanfalls schwankt. Hier statt auf die Tätigkeit des Betriebes auf das einzelne Bauobjekt abzustellen, dessen Erstellung eine zeitlich begrenzte Aufgabe ist, wäre verfehlt, denn auch die Herstellung eines PKW wäre in diesem Sinn eine begrenzte Aufgabe, und niemand wird mit dieser Begründung Befristungen in der Automobilbranche rechtfertigen wollen. Es kommt deshalb nur Mehrarbeit als Sachgrund in Betracht.

γ) Anwendung der gefundenen Kriterien auf die wegen eines "Schülerbergs" befristete Einstellung von Lehrern

Die oben gewonnenen Abgrenzungskriterien für Mehrarbeit sind auch auf die Frage anzuwenden, ob die in den letzten Jahre häufig geübte Beschäftigung von Lehrern mit Fristverträgen wegen eines vorübergehenden "Schülerbergs"[922], d. h. wegen eines aufgrund der Bevölkerungsstatistik zu erwartenden Rückgangs der Schülerzahlen, durch diesen Sachgrund gerechtfertigt werden kann.

Anders als bei befristeter Einstellung durch die Arbeitsämter zu einer Zeit erhöhter Arbeitslosigkeit[923], bei der nicht vorhersehbar ist, wann der erhöhte Personalbedarf enden wird,

---

922) Ähnlich wäre die Problematik bei Befristungen wegen eines "Studentenbergs" (wozu WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (94), unter III 2 Stellung nehmen) mit hauptsächlich dem Unterschied, daß die Studentenzahlen wegen der Unsicherheitsfaktoren der Studienfachwahl und der Studiendauer noch schwieriger vorherzusagen sind.

923) Dazu die oben in Fn. 895 und 905 zitierten Urteile des BAG und der Vorinstanz (LAG Düsseldorf)

kann der Lehrerbedarf aufgrund statistischer Unterlagen, etwa der Stärke der einzelnen Jahrgänge und der Schulübergangsquoten der letzten Jahre, für einige Jahre verhältnismäßig präzise[924] vorhergesagt werden. Der Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit würde also nicht unbedingt der Annahme von Mehrarbeit entgegenstehen. Deshalb hat das BAG insoweit recht, wenn es in seinen Urteilen von 1982 zur Befristung hessischer Lehrer[925] ausführt, ein vorübergehender Mehrbedarf an Lehrkräften könne ein sachlicher Grund sein, wenn zum Zeitpunkt der Befristung bereits aufgrund greifbarer Tatsachen mit einiger Sicherheit der Wegfall des Mehrbedarfs mit dem Auslaufen des Zeitvertrags zu erwarten ist.

Es fehlt aber an der m. E. für Mehrarbeit erforderlichen weiteren Voraussetzung, daß der erhöhte Bedarf ab der Einstellung nur kurze Zeit[926], höchstens ein Jahr, bestehen darf.

---

924) Dies gilt allerdings nur, wenn man die Schüler-Lehrer-Relation als feststehend ansieht. Diese Relation hat sich aber als größter Unsicherheitsfaktor bei der Vorhersage des Lehrerbedarfs erwiesen, da die bei der Erstellung jedes Haushaltsplans von neuem bestehende Konkurrenz zwischen fiskalischen Interessen und dem Wunsch nach optimaler Lehrerversorgung in ihren Ergebnissen nicht prognostizierbar zu sein scheint. Kritisch hinsichtlich der Vorhersehbarkeit der Dauer in den Schülerberg-Fällen äußern sich WALZ (ZRP 1978, 78, unter III) und OTTE (S. 172), nach dessen Ansicht der Lehrerbedarf sich nicht hinreichend präzise vorhersagen läßt, weshalb eine Befristung zur Dekkung eines noch erhöhten Lehrerbedarfs bei den geburtenstarken Jahrgängen schon aus diesem Grund ausscheide.

925) vom 14.1.82, 2 AZR 994/78, 229/80, 245/80, 223/81, 254/81

926) So auch OTTE, S. 172. WIEDEMANN/PALENBERG (RdA 1977, 85 (94f.), unter III 2) legen für das parallele Problem von Befristungen wegen des "Studentenbergs" an den Hochschulen ebenfalls auf eine nicht zu lange Dauer - die aber wohl mehr als ein Jahr soll betragen dürfen - Wert, stellen für diese Dauer aber anscheinend auf das einzelne Arbeitsverhältnis und nicht auf die Dauer des zusätzlichen Arbeitsanfalls ab, so daß, wenn ich die Ausführungen richtig verstehe, Befristungen auch bei einer sehr langen Dauer des zusätzlichen Bedarfs zulässig sein könnten, falls während dieser Zeit die Arbeitnehmer in gewissen Zeitabständen ausgewechselt werden. M. E. würde dadurch der Bereich zulässiger Fristverträge zu sehr ausgeweitet, da dem Arbeitgeber bei langer Dauer des Bedarfs eine unbefristete Einstellung zugemutet werden kann und die Gefahr des Ausuferns, der Befristungsmöglichkeit für fast jeden Arbeitsplatz, groß wäre.

Da auch eine einmalige Arbeitsaufgabe nicht vorliegt[927], kommen als Sachgrund nur eine Verringerung des Personalbedarfs (dazu unten ee) oder u. U. Sonderprogramme (oben bb αδδ) in Betracht.

ee) Absehbare Verringerung des Personalbedarfs

Bei Einstellung eines Arbeitnehmers für einen durch Fluktuation freigewordenen Dauerarbeitsplatz kann bereits vorhersehbar sein, daß dieser Arbeitsplatz nach einer bestimmten Zeit wegfallen wird. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob eine Befristung zulässig ist.

α) Abgrenzung

Die "Verringerung des Perosnalbedarfs" unterscheidet sich von der "einmaligen Arbeitsaufgabe"[928] dadurch, daß nicht der Wegfall der Aufgabe zu erwarten ist, sondern lediglich ein von einem bestimmten Zeitpunkt an verringerter Bedarf an Arbeitskräften für die betreffende Tätigkeit.

Ob der Personalbedarf durch Verringerung des Umsatzes oder durch Rationalisierungsmaßnahmen sinkt, ist m. E. unerheblich.

Ein Bedürfnis für die Unterscheidung gegenüber einmaligen Arbeitsaufgaben besteht, weil die nur vorgeschobene Behauptung zu erwartenden verringerten Personalbedarfs sehr viel leichter möglich ist als eine unzutreffende Berufung auf eine einmalige Arbeitsaufgabe. Es sind deshalb bei Verringerung des Personalbedarfs besondere Zulässigkeitsanforderungen nötig, um ein Obergreifen dieser Fallgruppe auf (nicht als Sachgrund anzuerkennende) Konjunkturgründe[929] zu vermeiden.

---

927) Vgl. oben aa
928) Dazu oben aa
929) Dazu unten ff

β) Rechtsprechung

Das BAG hat in einem Urteil von 1976[930] die Befristung des Cellisten eines Rundfunkorchesters als gerechtfertigt angesehen, weil ein Rückgang des Bedarfs an Streichinstrumenten durch baldige Auflösung der Tango-Formation - die aus den Orchestermitgliedern gebildet wurde - zu erwarten war[931].

Inzwischen hat diese Fallgruppe große Bedeutung für Befristungen bei der Einstellung von Lehrern.

Nach einem Urteil des ArbG Offenbach von 1977[932] soll die Befristung von Lehrern wegen absinkender Schülerzahlen unter der Voraussetzung zulässig sein, daß bei Vertragsabschluß feststeht, daß gerade die Fächerkombination des betreffenden Lehrers bei Auslaufen der Befristung von dem Bedarfsrückgang erfaßt sein wird.

Sehr viel "unkritischer" als diese Entscheidung ist ein Urteil des LAG Frankfurt von 1980[933], demzufolge "wegen des vorhandenen und künftig noch steigenden Lehrerüberhangs einerseits und der zurückgehenden Schülerzahlen andererseits" Lehrer als Angestellte mit Fristvertrag statt als Beamte beschäftigt werden dürfen, ohne daß weitere Anforderungen an die Zulässigkeit aus den veröffentlichten Urteilsgründen hervorgehen[934].

---

930) Urt. vom 29.7.76, 3 AZR 7/75, unter II 1 und 2 a, AP Nr. 41 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R und 3.

931) Ebenso die Vorinstanz, die den Ausdruck "Aushilfsbedarf" gebraucht. Hätte die Auflösung nicht nur der Tango-Formation, sondern des ganzen Orchesters bevorgestanden, so wäre nach der obigen (unter aa α) Abgrenzung die Fallgruppe "einmalige Arbeitsaufgabe" einschlägig.

932) ArbG Offenbach, Urt. vom 19.10.77, 1/4 Ca 320/77, zitiert von WALZ, ZRP 1978, 79, unter IV, bei Fn. 22.

933) Urt. vom 12.2.80, 7 Sa 1206/79, AuR 80, 344

934) Das Argument des LAG für diese Auffassung, daß es nicht vertretbar sei, alle zur Zeit noch benötigten Lehramtsbewerber als Beamte auf Lebenszeit einzustellen, ist hinsichtlich der Zulässigkeit einer Befristung nicht schlüssig, da auch eine unbefristete Beschäftigung im Angestelltenverhältnis in Betracht kommt. Am Ausnahmecharakter der Beschäftigung von Lehrern im Angestelltenverhältnis ändern unbefristete statt wiederholte befristete Arbeitsverträge nichts.

Das BAG hat in seinen Urteilen vom 14.1.1982[935] zwar die Befristungspraxis bei der Einstellung von Lehrern in Hessen als unzulässig angesehen, weil die vom Land angegebenen Gründe nur vorgeschoben seien. Der Senat stellt aber ausdrücklich fest, daß "ein vorübergehender Mehrbedarf" an Lehrkräften ein sachlicher Grund sein könne, wenn im Zeitpunkt der Befristung bereits aufgrund greifbarer Tatsachen mit einiger Sicherheit der Wegfall des Mehrbedarfs nach dem Auslaufen des befristeten Arbeitsvertrages zu erwarten sei. Diese Ausführungen beziehen sich zwar nicht auf den hier erörterten Fall einer Verringerung des Personalbedarfs, sondern auf Mehrarbeit. Es ist aber davon auszugehen, daß das BAG bei einer Befristung wegen absehbarer Verringerung ebenso die Anforderung stellen würde, daß der Rückgang aufgrund greifbarer Tatsachen und mit einiger Sicherheit für die Zeit des Vertragsablaufs zu erwarten sein muß.

γ) Literatur

DÄUBLER[936] sieht bevorstehenden Auftragsrückgang nicht als Sachgrund an, weil die Arbeitgeberinteressen schon durch die Möglichkeit der betriebsbedingten Kündigung gewahrt seien. Diese Stellungnahme beruht darauf, daß DÄUBLER[937] das Interesse des Arbeitgebers, die soziale Auswahl nach § 1 III KSchG zu vermeiden, nicht als berechtigt anerkennt. In diesem Punkt bin ich jedoch, wie oben dargelegt[938], anderer Auffassung.

Ansonsten wird das Problem der Verringerung des Personalbedarfs in der Literatur nur in der Ausprägung des "Schüler- und Studentenbergs" angesprochen. WIEDEMANN/PALENBERG[939] akzeptieren "das öffentliche Interesse an einer bedarfsorientierten Aufstellung der Stellenpläne" als sachlichen Grund, nicht gerechtfer-

---

935) 2 AZR 994/78, 229/80, 245/80, 223/81, 254/81
936) ArbR 2, S. 318
937) ArbR 2, S. 318, a. E.
938) unter b und im 1. Teil C II 1 d cc, a. E.
939) RdA 1977, 85 (94f.), unter III 2

tigt sei aber "die befristete Beschäftigung über viele Jahre", nämlich an den Hochschulen zehn bis fünfzehn Jahre bis zu einem Rückgang der Studentenzahlen. JOBS/BADER[940] folgen in etwa der Ansicht des Arbeitsgerichts Offenbach. Sie verlangen für die Rechtfertigung von durch den "Schülerberg" motivierten Befristungen, daß der durch Zeitverträge zu deckende Lehrerbedarf "in einer überschaubaren Zeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für einen nicht unerheblichen Zeitraum ... nicht mehr vorhanden sein wird", wobei Schultyp, Fächerkombination, regionale Verhältnisse und die geplante Schüler/Lehrer-Relation zu berücksichtigen seien. Wegen der Interessen der Schüler (also Drittinteressen!) nehmen JOBS/BADER für solche Befristungen eine Mindestlaufzeit von einem Jahr an, bei Klassenlehrern zwei Jahre.

δ) Stellungnahme

Die Interessenlage entspricht weitgehend derjenigen bei Mehrarbeit: Eine bestimmte Zahl von Arbeitnehmern soll nur vorübergehend beschäftigt werden und dann wieder ausscheiden, ohne daß eine Kündigung erforderlich ist, die wegen der damit verbundenen sozialen Auswahl auch Stammarbeitnehmer treffen könnte. Wegen dieser Interessengleichheit ist eine Anlehnung an die zur Mehrarbeit gefundenen Kriterien[941] möglich.

Demnach ist eine Befristung aus diesem Sachgrund unter bestimmten Voraussetzungen zulässig: Bei Vertragsabschluß muß die Zeitspanne bis zur Verringerung des Personalbedarfs vorhersehbar sein, oder es muß vorhersehbar sein, daß es sich nur um eine relativ kurze Dauer handeln kann. Während ich bei Mehrarbeit nur eine zu erwartende Dauer bis zu einem Jahr akzeptieren würde, wird man bei der hier erörterten Fallgruppe nicht so streng sein müssen, weil die Gefahr einer Befristung aus Konjunktur-

940) DB, Beilage 21/1981, unter III 2 b, S. 6
941) Vgl. oben dd ß

gründen bei Mehrarbeit größer ist. Ein wichtiger Gesichtspunkt für die noch akzeptable Laufzeit ist, bis zu welcher Dauer gemeinsamer Tätigkeit eine generelle Bevorzugung der "Stammbelegschaft" bei Personalabbau noch billig erscheint. Ich würde die Grenze bei zwei bis drei Jahren ansetzen. Diese Auffassung deckt sich wohl auch mit der oben (γ) genannten Ansicht von WIEDEMANN/PALENBERG, daß die "befristete Beschäftigung über viele Jahre" nicht zulässig sei.

ff) Ungewißheit, ob es sich um eine Daueraufgabe handelt

Schwieriger als bei absehbarer Verringerung des Personalbedarfs liegen die Dinge, wenn die Dauer der Aufgabe gerade nicht vorhersehbar ist. Grundsätzlich ist m. E. in einem solchen Fall eine Befristung nicht zulässig (dazu unten γ). Jedoch gibt es Sonderfälle, die insbesondere in einem Urteil des LAG Berlin als Sachgrund anerkannt worden sind (dazu unten α und β) und bei denen in der Tat ein Bedürfnis für Befristungen zumindest erwägenswert ist.

α) Betriebsnotstand

Die nicht sehr zweckmäßige Bezeichnung "Betriebsnotstand" ist in der Literatur üblich geworden. Die wenig präzise Definition hierfür lautet, daß die wirtschaftliche oder rechtliche Grundlage des Betriebes innerhalb einer bestimmten Frist völlig entfallen kann.

$\alpha\alpha$) Rechtsprechung

Das LAG Berlin[942] hat in einem das Studio Berlin des ZDF betreffenden Urteil einen Betriebsnotstand - ohne diesen von der Literatur eingeführten Begriff zu gebrauchen - als Sachgrund

942) Urt. vom 29.6.67, 6 Sa 15/67, AP Nr. 29 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

anerkannt. Der bayerische Rundfunk hatte nach Ansicht des Gerichts die Existenzgrundlage des ZDF angegriffen, indem er durch ein Verwaltungsgerichtsverfahren die Verfassungsmäßigkeit des der Umlage für das ZDF zugrundeliegenden Staatsvertrags überprüfen ließ und die Zahlung dieser Umlage verweigerte. Bei Abschluß des befristeten Arbeitsvertrages mußte das ZDF davon ausgehen, daß dieses Verfahren erst nach Ablauf der zweijährigen Befristung rechtskräftig abgeschlossen sein würde, also erst dann feststehen würde, ob der Sendebetrieb überhaupt fortgesetzt werden konnte. Der Betriebsrisikogrundsatz steht nach den Ausführungen des LAG der Anerkennung eines Sachgrundes in diesem Fall nicht entgegen, da er nicht solche Umstände betreffe, die bereits bei Abschluß eines Arbeitsvertrages erkennen lassen, daß die wirtschaftliche und rechtliche Grundlage eines Betriebes innerhalb einer bestimmten Frist völlig entzogen werden kann.

Dem ist im Ergebnis zu folgen. Die Betriebsrisikogrundsätze sind selbstverständlich auch in einem derartigen Fall auf bestehende unbefristete oder befristete Arbeitsverhältnisse anzuwenden. Sie stehen jedoch einer Befristung nicht entgegen, weil sie Leistungsstörungen betreffen und nicht Vereinbarungen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Vom RAG[943] ist in einer wohl zu weit gehenden Entscheidung eine Befristung wegen Betriebsnotstands bei einer Wirtschaftskrise als zulässig angesehen worden.

ββ) Literatur

In der Literatur wird der Betriebsnotstand von WIEDEMANN[944] als Sachgrund genannt. WIEDEMANN verlangt, daß die Ungewißheit "verhältnismäßig groß" und vom Arbeitgeber nicht zu steuern ist,

---

943) Urt. vom 28.11.30, ARS 10 (1931), 549 (554)

944) Festschrift LANGE, 1970, S. 395 (402). WIEDEMANN rechnet die Befristung wegen Betriebsnotstands zu den "Ungewißheitstatbeständen".

und daß sie nicht subjektiv, also je nach persönlicher Ängstlichkeit des Arbeitgebers, bewertet werden darf, und sieht eine lange Befristungsdauer als starkes Indiz gegen die Sachgerechtigkeit an[945].

Ferner wird der Betriebsnotstand von KOCH[946] und von PALME[947] unter Hinweis auf das Urteil des LAG Berlin als Sachgrund genannt. Es ist keine Stimme ersichtlich, die für diese Fallgruppe eine Rechtfertigung verneint.

γγ) Stellungnahme

Für die Anerkennung des Betriebsnotstands als Sachgrund besteht jedenfalls dann ein hinreichendes Bedürfnis, wenn ein wirtschaftlich denkender Arbeitgeber in einem solchen Fall eher auf Neueinstellungen verzichten würde, als unbefristet einzustellen. Es ist deshalb zu untersuchen, wie nachteilig eine unbefristete Einstellung für den Arbeitgeber wäre.

Das Kündigungsschutzgesetz ist kein Hindernis für Verträge auf unbestimmte Zeit, denn ein betriebsbedingter Kündigungsgrund (§ 1 II 1 KSchG) würde unzweifelhaft vorliegen und auch Auswahlprobleme (§ 1 III KSchG) treten nicht auf, da im Fall der Betriebsauflösung ohnehin alle Arbeitnehmer ausscheiden müssen.

Die gesetzlichen Mindestkündigungsfristen von einem Monat auf Monatsende für Angestellte (§ 622 I 2 BGB) und zwei Wochen bei Arbeitern (§ 622 II 1 BGB) dürften kürzer sein als der Zeitraum, der zwischen Betriebseinstellung und vorheriger zuverlässiger Kenntnis hiervon liegt.

---

945) A. a. O. (Fn. 944). Er stellt diese Grundsätze für die gesamte Fallgruppe der "Ungewißheitstatbestände" auf.

946) BB 1978, 1218 (1222), unter 4.3

947) BlStSozArbR 1970, 268 (270), unter IV 1 e. PALME zitiert hierfür auch das Urteil des LAG Stuttgart vom 27.6.66, 4 Sa 3/66, BB 1966, 819f. Dieses Urteil betrifft jedoch keinen Betriebsnotstand, da nicht die weitere Existenz des Betriebs fraglich war, sondern nur die Fortsetzung des Exports in einen bestimmten Staat. Dies ist ein anderer Fall der fraglichen Entwicklung des Arbeitsumfangs (zu solchen Fällen unten ϰ).

Ein erhebliches Risiko für den Arbeitgeber ist aber das Kündigungsverbot nach §§ 9, 9a MuSchG, aufgrund dessen er eine Arbeitnehmerin u. U. 17 Monate lang nicht kündigen kann[948]. Ob die zuständige Behörde einer Kündigung wegen Betriebsauflösung während des Kündigungsverbots zustimmen würde (§ 9 III MuSchG), ist nämlich zweifelhaft[949].

Bei einem schwerbehinderten Arbeitnehmer besteht für den Arbeitgeber die Gefahr, daß er diesen nach Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit noch ca. vier Monate weiterbezahlen muß. Es müßte nämlich zwar die nach § 12 SchwbG erforderliche vorherige Zustimmung[950] der Hauptfürsorgestelle zur Kündigung

---

948) Zu den 17 Monaten kann es kommen, falls die Arbeitnehmerin Mutterschaftsurlaub nimmt: 9 Monate Schwangerschaft, Mutterschaftsurlaub bis zu einem Alter des Kindes von sechs Monaten (§ 8a I MuSchG) zuzüglich zwei Monate Kündigungsverbot nach Beendigung des Mutterschaftsurlaubs (§ 9a MuSchg).

949) Zwar kann die Arbeitsbehörde nicht nur eine außerordentliche, sondern auch eine ordentliche Kündigung für zulässig erklären (BULLA/BUCHNER § 9 Rdnr. 150; KR-BECKER § 9 MuSchG Rdnr. 121). Jedoch besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit, weil der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung keinen Gebrauch von der Ermächtigung des § 9 III 2 MuSchG gemacht hat, allgemeine Verwaltungsvorschriften über die Zulassung der Kündigung zu erlassen. Die Stillegung des ganzen Betriebes wird zwar in der Literatur als "besonderer Fall" i. S. d. § 9 III 1 MuSchG angesehen (BECKER a. a. O. Rdnr. 122). Jedoch liegt es auch in einem "besonderen Fall" im Ermessen der Behörde, ob sie dem Antrag des Arbeitgebers stattgibt (BECKER a. a. O. Rdnr. 123f.). Vgl. auch ZÖLLNER, ArbR, § 25 III, S. 207f., wonach eine behördliche Zustimmung "praktisch nur für außerordentliche Kündigungen und selbst für diese nur selten in Betracht kommen" wird.

950) Die Zustimmung ist auch dann nicht entbehrlich, wenn der Zeitpunkt der Kündigung weniger als sechs Monate nach der Einstellung liegt. Die Ausnahme des § 17 III 1 SchwbG vom Zustimmungserfordernis gilt nämlich nur für den Fall, daß "der Schwerbehinderte ausdrücklich nur zur vorübergehenden Aushilfe, auf Probe oder für einen vorübergehenden Zweck eingestellt ist" und das Arbeitsverhältnis nicht länger als sechs Monate besteht. Diese Voraussetzungen sind aber bei einer Einstellung während eines "Betriebsnotstands" nicht gegeben. Die bloße Möglichkeit, daß alle Arbeitsplätze nach einer bestimmten Frist wegfallen, macht die Arbeitsverhältnisse nicht zu Aushilfsarbeitsverhältnissen, auch nicht bei den erst nach Eintritt der Unsicherheit Eingestellten. Die Arbeitnehmer werden wohl auch nicht "für einen vorübergehenden Zweck" eingestellt, weil es nicht feststeht, sondern gerade fraglich ist, ob ein vorübergehender Zweck vorliegt.

eines Schwerbehinderten durch den Arbeitgeber nach einem völligen Wegfall der wirtschaftlichen oder rechtlichen Grundlage nach § 16 I 1 SchwbG erteilt werden, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß nach der Kündigung die Bezüge noch mindestens drei Monate weiterbezahlt werden. Hinzu käme der Zeitraum zwischen der Antragstellung bei der Hauptfürsorgestelle durch den Arbeitgeber und der Erteilung der Zustimmung.

In beiden Sonderkündigungsschutzfällen sind die Kostenfolgen nicht unerheblich. Dem Mutterschutz darf der Arbeitgeber aufgrund der arbeitsrechtlichen Pflicht zur Gleichbehandlung der Geschlechter (§ 611a BGB) nicht dadurch ausweichen, daß er nur Männer einstellt. Bei Einstellung eines Nichtbehinderten oder noch nicht als schwerbehindert anerkannten Arbeitnehmers besteht die Möglichkeit, daß dieser während des Arbeitsverhältnisses behindert wird, bzw. den Antrag auf Feststellung der Behinderung (§ 3 SchwbG) stellt.

Ob diese Risiken durch den Sonderkündigungsschutz ausreichen, um den Arbeitgeber bei Betriebsnotstand von einer unbefristeten Neueinstellung abzuhalten, hängt auch von der Betriebsgröße ab, die dafür maßgeblich ist, wie stark das Risiko der eventuell entstehenden "unproduktiven" Kosten ins Gewicht fällt. Bei größeren Betrieben mit i. d. R. mehr als zwanzig für die Betriebsratswahl wahlberechtigten Arbeitnehmern, die insofern unempfindlicher wären, kommt aber ein weiterer ins Gewicht fallender Nachteil hinzu, nämlich die Erzwingbarkeit eines Sozialplans nach §§ 111 f. BetrVG. Ein solcher Betrieb muß deshalb damit rechnen, daß jeder unbefristet neu eingestellte Arbeitnehmer im Fall der Betriebsauflösung zusätzliche Abfindungskosten verursacht. Demnach dürften die mit unbefristeten Arbeitsverträgen verbundenen Nachteile bei allen Betriebsgrössen geeignet sein, den Arbeitgeber bei Betriebsnotstand von einer Einstellung abzuhalten. Dieser Sachgrund ist deshalb grundsätzlich anzuerkennen.

Eine Unterscheidung danach, wie wahrscheinlich die spätere Betriebseinstellung ist, ist problematisch, da Risiken sehr schwer zu quantifizieren sind. Nur ein ganz geringfügiges Risiko, das den Arbeitgeber keinesfalls vor Neueinstellungen zurückschrecken läßt, sollte nicht als Sachgrund ausreichen.

Nicht unerheblich sein kann aber, wie weit der Zeitpunkt der möglichen Betriebsauflösung in der Zukunft liegt. Für die zulässige Dauer eines befristeten Arbeitsverhältnisses wegen Betriebsnotstands würde ich die gleichen Maßstäbe anlegen wie bei einmaligen Arbeitsaufgaben[951].

ß) Probeweise Aufnahme des (vollen) Betriebs

Das Urteil des LAG Berlin, das eine Befristung wegen Betriebsnotstands zum Gegenstand hat[952], befaßt sich zugleich in einer Hilfsbegründung mit der lediglich probeweisen Aufnahme des vollen Betriebs als Sachgrund für eine Befristung. Auch in einem derartigen Fall handelt es sich um Ungewißheit, ob für die Arbeitskraft nur während begrenzter Zeit - nämlich während des "Probelaufes" - oder auf Dauer - nämlich falls die Probe zur Zufriedenheit verläuft und der volle Betriebsumfang beibehalten wird - ein Bedarf besteht.

Das LAG läßt in diesem Urteil zwar zunächst dahinstehen, "in welchem Umfang" der Arbeitgeber sich zum Zweck der probeweisen Aufnahme des vollen Betriebs der Befristung von Arbeitsverträgen bedienen durfte, anerkennt jedoch wenige Zeilen später im konkreten Fall diesen Sachgrund.

M. E. ist der Billigung dieses Sachgrunds zuzustimmen. Es sollte einem Unternehmer vernünftigerweise nicht verwehrt sein, einen Betrieb nur für eine von vornherein feststehende begrenz-

---

951) Vgl. oben aa ß; allerdings hat sich für einmalige Arbeitsaufgaben noch keine eindeutige Obergrenze der zulässigen Dauer herauskristallisiert.

952) LAG Berlin Urt. vom 29.6.67, 6 Sa 15/67, AP Nr. 29 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; vgl. oben α.

te Zeit "zur Probe" einzurichten und sich hierbei auch befristeter Arbeitsverträge zu bedienen. Eine abweichende Rechtslage würde durch eine Erhöhung des Risikos für den Arbeitgeber eine unerwünschte Schwelle für die Errichtung neuer Arbeitsplätze bedeuten. Es spricht auch nichts dagegen, daß der Arbeitgeber im Fall eines Erfolgs der Erprobung die "Probephase" unmittelbar in die "Dauerphase" übergehen läßt und diese Absicht den Arbeitnehmern auch bereits bei der Einstellung mitteilt. Die Berechtigung der Befristung wird hierdurch nicht berührt.

Hinsichtlich der zulässigen Dauer der Befristung kann dieser Sachgrund nur ausreichen, soweit die Unternehmerinteressen die Befristung auch unter Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen dringend erfordern. Demnach dürfte die zulässige Dauer i. d. R. auf höchstens sechs Monate zu beziffern sein, weil dieser Zeitraum einerseits ausreicht, um die Arbeitnehmer einzuarbeiten und einen regulären Betriebsablauf zu erreichen, und andererseits die Interessen der Beschäftigten durch eine solche Befristungsdauer nicht allzu stark tangiert sind, weil das Kündigungsschutzgesetz erst nach einem halben Jahr Betriebszugehörigkeit eingreift. Eine u. U. das Mehrfache betragende Dauer kann aber gerechtfertigt sein, wenn eine völlig neue Technologie erprobt wird und der Erfolg erst entsprechend spät beurteilt werden kann. Äußerste Obergrenze der zulässigen Dauer ist auf jeden Fall die für einmalige Arbeitsaufgaben geltende Grenze[953].

γ) Fragliche Entwicklung des Umfangs der Aufgabe (insbesondere Konjunkturgründe)

Ein besonders problematischer Fall der Ungewißheit, ob der Arbeitsplatz des einzustellenden Arbeitnehmers auf Dauer erhalten bleibt, liegt dann vor, wenn zwar nicht ein völliger Weg-

953) Siehe Fn. 951

fall der Arbeitsaufgabe zu befürchten ist, aber die Entwicklung des Umfangs der Aufgabe fraglich ist, so daß später einer oder mehrere der mit der betreffenden Tätigkeit betrauten Beschäftigten "überzählig" werden könnten.

Der Unterschied zwischen dieser Fallgruppe und Mehrarbeit[954] liegt im wesentlichen[955] darin, daß bei Mehrarbeit von vornherein zu erwarten ist, daß der erhöhte Arbeitsanfall nur vorübergehend ist, während bei den hier zu untersuchenden Fällen offen ist, ob der erhöhte Arbeitsanfall auf Dauer oder jedenfalls viele Jahre anhalten wird oder nicht. Aus diesem Unterschied ergibt sich, daß bei fraglicher Entwicklung des Umfangs der Arbeit ein zumindest geringeres Bedürfnis für eine Befristung besteht als bei Mehrarbeit. Wenn man schon bei Mehrarbeit besondere Zulässigkeitserfordernisse aufstellt, müssen die Kriterien in Fällen fraglicher Entwicklung zumindest verschärft werden, sofern diese Fallgruppe überhaupt einen ausreichenden Sachgrund abgeben kann.

dα) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung ist unterschiedlich und vor allem dadurch gekennzeichnet, daß dem erkennenden Gericht jeweils die anderen Urteile zu dieser Frage unbekannt waren, weshalb eine Auseinandersetzung mit abweichenden Meinungen in Rechtsprechung und Literatur kaum erfolgt.

Nach einem Urteil des RAG[956] darf der Arbeitgeber nicht in Zeiten schlechter Konjunktur aus übertriebener Vorsicht nur

---

954) Vgl. zur Abgrenzung der Mehrarbeit von Konjunkturgründen oben dd ßdα.

955) Ein weiterer Unterschied ist, daß bei fraglicher Entwicklung des Umfangs der Aufgabe gar kein erhöhter Arbeitsumfang vorzuliegen braucht, sondern die bloße Befürchtung eines Rückgangs des (auch normalen) Geschäftsgangs ausreicht.

956) vom 22.11.30, ARS 10, 549 (554)

Kettenverträge mit kurzer Laufzeit abschließen[957].

Das BAG hat in zwei am gleichen Tag ergangenen Urteilen des 3. Senats einen Fall der Ungewißheit über die Dauer der Aufgabe als Sachgrund gewertet[958]. Diese Urteile betreffen die Einstellung von Kräften, die das "Notaufnahmeverfahren" für Flüchtlinge aus der Sowjetzone durchführen sollten. Der Senat sieht die Befristung dieser Arbeitnehmer als rechtmäßig an, obwohl es sich nicht um einmalige Arbeitsaufgaben handelt. Das Gericht begründet seine Ansicht damit, daß die Zahl der Flüchtlinge außerordentlich stark schwankte[959] und die Schwankungen außerhalb jedes Einflusses der Beschäftigungsbehörde standen[960].

---

957) Jedoch ist der Arbeitgeber nach Ansicht des RAG bei einer Wirtschaftskrise berechtigt, zu prüfen, wie lange und in welcher Zahl er seine Beschäftigten noch halten kann, und dementsprechend erforderlichenfalls Fristverträge zu vereinbaren. Diese in dem RAG-Urteil genannte Einschränkung betrifft allerdings eine andere Fallgruppe als die hier behandelten reinen Konjunkturgründe, nämlich eine "absehbare Verringerung des Personalbedarfs" (dazu oben ee).

958) Urt. vom 26.3.57, 3 AZR 428/55, AP Nr. 5 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, und (mit weniger ausführlicher Begründung) Urt. vom 26.3.57, 3 AZR 608/54, AP Nr. 29 zu § 1 KSchG. Das BAG-Urteil vom 12.5.55, 2 AZR 23/54, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, wird von WIEDEMANN (Festschrift LANGE, 1970, S. 395 (402)) zwar ebenfalls als Beispiel für einen "Ungewißheitstatbestand" genannt, jedoch wird in den Gründen dieser Entscheidung die fehlende Vorhersehbarkeit der Dauer der Aufgabe nicht als möglicher Sachgrund erörtert, sondern (unter II. der Gründe) im Gegenteil als Gegenargument gegen die Sachgerechtigkeit der Befristung aufgeführt.

959) Folgende Flüchtlingszahlen werden in dem Urteil AP Nr. 29 zu § 1 KSchG genannt:

1952	171 745
1953	331 390
1954	184 198

960) Eine Besonderheit des Urteils AP Nr. 5 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag besteht darin, daß das Gericht auch eine nur vorübergehende Tätigkeit während "der Fortdauer der Spaltung Deutschlands" und dem "Anhalten des Flüchtlingsstroms" annimmt. Aus den Gründen ist aber zu entnehmen, daß die Schwankungen maßgeblich dafür sind, daß der Senat die Befristung als zulässig ansieht. Deshalb ist davon auszugehen, daß die hier erörterte Fallgruppe in dem Urteil als Sachgrund anerkannt worden ist.

Demgegenüber gibt es zwei noch früher ergangene Urteile des 2. Senats des BAG, aus denen hervorgeht, daß eine Befristung nicht gerechtfertigt ist, wenn der Arbeitgeber "nicht eindeutig übersehen kann, ob er den Arbeitnehmer für unbestimmte Zeit brauchen wird"[961], oder er lediglich die Möglichkeit einer jederzeitigen Anpassung an Absatzschwankungen offenhalten will[962]. Das letztgenannte Urteil begründet dies damit, daß die Befristung nicht dazu dienen dürfe, das Unternehmerrisiko auf den Arbeitnehmer abzuwälzen[963].

Da alle diese vier BAG-Urteile "Konjunkturgründe" in einem etwas weiteren Sinn zum Gegenstand haben, ist diese Rechtsprechung widersprüchlich. Dieser Widerspruch wird allerdings erklärbar, wenn berücksichtigt wird, daß das BAG damals noch eine gewisse Tendenz hatte, die öffentliche Hand arbeitsrechtlich besser zu stellen als private Arbeitgeber[964]. In diese Richtung tendierte zeitweilig auch die Rechtsprechung zu den "Haushaltsgründen" für eine Befristung[965].

Mit diesem "berichtigenden" Interpretationsversuch bezüglich der genannten vier älteren BAG-Urteile verträgt sich allerdings nicht eine Entscheidung des 5. Senats von 1977[966]. Dieses Urteil betrifft einen freien Mitarbeiter, der aufgrund befristeter Dienstverträge Kurse an einer Volkshochschule mit acht Wochenstunden abhielt. Das Gericht läßt dahinstehen, ob die für befristete Arbeitsverträge geltenden Grundsätze auch bei freien Mitarbeitern anwendbar sind, da jedenfalls ein Sach-

---

961) BAG Urt. vom 21.10.54, 2 AZR 25/53 ("Rentenumstellung"), unter 3, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG, Bl. 3R.

962) BAG Urt. vom 21.10.54, 2 AZR 40/53, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

963) Ebenso LAG Berlin Urt. vom 29.6.67, 6 Sa 15/67, AP Nr. 29 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (Urteil zum "Betriebsnotstand")

964) Zur Besserstellung der öffentlichen Hand vgl. auch unten BB die Auffassung von WIEDEMANN.

965) Siehe unten hh d zu den BAG-Urteilen vom 5.5.61 und vom 5.3.70.

966) BAG Urt. vom 26.1.77, 5 AZR 796/75, unter I 4, AP Nr. 13 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten

grund gegeben sei. Die Rechtfertigung ergebe sich daraus, daß die Zahl der Anmeldungen für die Kurse schwankend war, weshalb die Volkshochschule damit rechnen mußte, daß Kurse ausfallen müssen.

Auch auf LAG-Ebene sind unterschiedliche Entscheidungen ergangen, in denen die oben aufgeführten BAG-Urteile nicht erwähnt werden, den erkennenden Gerichten also offenbar unbekannt waren. Das LAG Stuttgart[967] hat 1966 entschieden, daß Kettenverträge zulässig sind, wenn der Arbeitgeber noch nicht übersehen kann, ob und wie lange ein Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Der Arbeitnehmer war in diesem Fall mit Exportgeschäften betraut. Er war befristet eingestellt worden wegen einem befürchteten Rückgang des Exports, der auch eintrat. Anders das LAG Düsseldorf[968], das 1977 - ohne das Urteil des LAG Stuttgart zu erwähnen - zu Aushilfskräften der Arbeitsämter nach Anstieg der Arbeitslosigkeit entschieden hat, daß eine Befristung nicht zulässig sei, wenn die Dauer des Bedarfs bei Vertragsabschluß nicht abgesehen werden kann.

Es liegt also ungefähr die gleiche Anzahl von Urteilen pro und contra hinsichtlich des hier diskutierten Sachgrundes vor. Eine gewisse Tendenz gegen die Zulässigkeit läßt sich daraus entnehmen, daß die jeweils neueren Urteile auf BAG- und LAG-Ebene - mit einer Ausnahme - restriktiv bzw. ablehnend waren.

BB) Literatur

Die Literatur ist fast einhellig der Auffassung, daß eine Befristung aus "Konjunkturgründen" nicht zulässig ist[969]. Z. T.

---

967) Urt. vom 27.6.66, 4 Sa 3/66, BB 66, 819

968) Urt. vom 3.5.77, 18 Sa 169/76, DB 1977, 2380, aufgehoben durch BAG Urt. vom 29.8.79, 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

969) HUECK, ArbR I, § 55 III 6, S. 537, und Anm. AP Nr. 7 zu § 1 KSchG, unter 3, Bl. 3R (daß HUECK in der Anm. AP Nr. 1 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag bei "regelmäßigem Wechsel zwischen stärkerem und schwächerem Arbeitsbedarf" Befristungen zulassen will, steht hierzu nicht in Wider-

wird diese Auffassung allerdings nur für die Privatwirtschaft vertreten[970]. Insbesondere WIEDEMANN[971] bejaht ausdrücklich einen Sachgrund bei Ungewißheit hinsichtlich des Arbeitsanfalls bei Behörden. Eine andere Unterscheidung macht NIKISCH[972], der zwar eine Befristung aus Konjunkturgründen ablehnt, sie aber unter Berufung auf die oben genannten Flüchtlingsaufnahme-Urteile des BAG zulassen will, "wenn nach der Art des Betriebes oder der Verwaltung der Arbeitsanfall starken und unvorhersehbaren Schwankungen unterliegt".

Nur EICH[973] will bei bloßer Unsicherheit über die Auftragsentwicklung Befristungen zulassen. Er begründet dies insbesondere damit, daß hierdurch die Arbeitslosigkeit - insbesondere auch der sogenannten Problemgruppen - abgebaut werden könne[974], weil zu kurzfristigen Beschäftigungen, die nicht mit den hohen Kosten und Risiken eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses belastet sind[975], durchaus Bereitschaft bestehe. Die Wirtschaft würde durch geringere arbeitsrechtliche Restriktionen leistungsfähiger, die Immobilität der Arbeitnehmer geringer. Die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers - besonders die fehlende Vertragsparität - werde überschätzt, da der Anspruch auf Arbeitslosengeld dem Arbeitnehmer vorübergehend ein akzeptables Alternativverhalten ermögliche.

---

spruch, wenn man dies im Sinne der von mir als "periodischer Arbeitsanfall" bezeichneten Fallgruppe versteht); NIKISCH, ArbR I, § 47 II 4, S. 674; OTTE, S. 107; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 166; PALME, BlStSozArbR 1970, 268 (270), unter IV 1 e; RICHARDI, DB 1981, 1461 (1462), unter II 3; SCHAUB, Handbuch, § 39 I 2, 156f.

970) WIEDEMANN, Festschrift Lange, 1970, S. 395 (401ff.); MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 30.

971) a. a. O. (Fn. 970)

972) ArbR I, § 47 II 4, S. 674

973) Befristung von Arbeitsverträgen aus arbeitsmarkt- und wirtschaftspolitischen Gründen?, DB 1981, 1785ff.

974) unter III 1, S. 1787f.

975) unter III 3, S. 1788

γγ) Stellungnahme

EICH ist zuzugestehen, daß geringere arbeitsrechtliche Einschränkungen positive wirtschaftliche Wirkungen hätten[976]. Es geht aber nicht an, den Sollzustand hinsichtlich befristeter Arbeitsverträge völlig losgelöst von dem ausgefeilten Bestandsschutz unbefristeter Arbeitsverhältnisse festzulegen. Die Korrektur eventueller Fehlentwicklungen[977] und zu einseitiger Fixierung auf den Bestandsschutz ist Sache des Gesetzgebers. Wenn Rechtsprechung und Literatur dennoch unter Überschreitung ihrer Kompetenz versuchen würden, den Bestandsschutz via ausgedehnter Befristungsmöglichkeit zu unterlaufen, würde der Gesetzgeber dies sehr rasch durch entsprechende gesetzliche Regelungen stoppen. Somit ist wegen der auf der Hand liegenden Gefahr des Ausuferns von Befristungen die Ansicht von EICH abzulehnen.

M. E. ist stark schwankender Arbeitsanfall ebenso zu behandeln wie konjunkturbedingte Schwankungen. Die Schwankungen des Ar-

---

976) Wobei EICH aber zu sehr schwarz/weiß zeichnet. Z. B. trifft es i. d. R. nicht zu, daß neu gegründete Unternehmen durch unbefristete Arbeitsverträge für den Fall ihres Scheitern mit hohen Kosten bedroht sind (EICH unter III 3, S. 1789). Mittelständische Neugründungen beginnen nämlich meist mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern, weshalb das KSchG nicht anwendbar ist (§ 23 I 2 KSchG). Ein Sozialplan (§§ 111 f. BetrVG) ist sogar nur in Betrieben mit i. d. R. mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern erzwingbar. Neugründungen dieser Größenordnung sind meist von marktmächtigen bestehenden Unternehmen getragen und deshalb weniger risikoreich. M. E. besteht ohnehin eine Befristungsmöglichkeit wegen probeweiser Aufnahme des Betriebs, siehe oben ß.

977) Bei der Frage, ob eine Fehlentwicklung vorliegt, darf der Blickwinkel aber nicht auf eine rein ökonomische Sicht verengt werden. Beispielsweise ist Immobilität der Arbeitnehmer zweifellos ein wirtschaftliches Ärgernis, bedeutet aber auch, daß die Arbeitnehmer und ihre Familien (einschließlich schulpflichtiger Kinder, berufstätiger Ehegatten usw.) nicht gezwungen sind, ihre sozialen Beziehungen zu kappen. Es geht also nicht nur um Effizienz, sondern auch um Lebensqualität.

beitsanfalls sind quasi die Konjunkturschwankungen der betreffenden Branche oder Behörde. Es besteht keine Veranlassung, unregelmäßige[978], branchenspezifische Schwankungen anders zu behandeln als solche Veränderungen, die die ganze Volkswirtschaft betreffen und als "Konjunktur" bezeichnet werden.

Ich halte deshalb das Volkshochschul-Urteil des BAG[779] für in der Begründung verfehlt. Ein sachlicher Grund lag m. E. nicht vor. Das BAG hätte die Anwendbarkeit von Befristungsgrundsätzen nicht dahinstehen lassen, sondern verneinen sollen[980], und wäre damit zum gleichen Ergebnis gekommen. Vermutlich hätte der Senat bei einem Arbeitnehmer doch anders entschieden und einen Sachgrund verneint.

Es ist auch nicht ersichtlich und wird nirgends in Rechtsprechung und Literatur begründet, warum die öffentliche Hand in dieser Frage anders behandelt werden soll als Private[981]. Soweit die Literatur eine solche Differenzierung vornimmt, geht dies offenbar auf die beiden Flüchlingsaufnahme-Urteile des 3. Senats des BAG[982] zurück. Diese Urteile müssen aber ebenfalls als verfehlt bezeichnet werden. Die Beziehung zwischen unvorhersehbaren Bedarfsschwankungen und konjunkturell bedingten Schwankungen wurde in diesen Urteilen nicht erkannt.

Das adäquate Instrument für die Anpassung an unregelmäßige und unvorhersehbare Schwankungen des Bedarfs ist die betriebsbedingte Kündigung, sofern nicht der Gesichtspunkt der Mehrar-

---

978) Bei regelmäßigen Schwankungen, z. B. Saisonarbeit, kommt als Sachgrund auch "periodischer Arbeitsanfall" in Betracht, siehe oben cc.

979) Siehe Fn. 966

980) Vgl. zur Frage der Anwendbarkeit der Grundsätze über befristete Arbeitsverträge auf arbeitnehmerähnliche Personen oben 1. Teil B I.

981) Vgl. jedoch zu Befristungen der öffentlichen Hand bei ernstlichen Zweifeln, ob die betreffenden Mittel weiterhin zur Verfügung gestellt werden, unten hh.

982) Siehe die beiden ersten in Fn. 958 genannten Urteile

beit[983] eingreift. Würde man hier Befristungen zulassen, so wäre nicht mehr gewährleistet, daß diese eine Ausnahme bleiben. Auch wäre dann nicht einzusehen, daß bei einmaligen Arbeitsaufgaben[984] und bei Mehrarbeit die Oberschaubarkeit der Dauer als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer Befristung verlangt wird. Nach alledem ist in Fällen einer fraglichen Entwicklung des Umfangs der Aufgabe ein Sachgrund zu verneinen.

gg) Aushilfe

α) Begriff

αα) Oblicher Sprachgebrauch

Der Begriff der Aushilfe wird (auch) im Zusammenhang mit befristeten Arbeitsverträgen in einem mehr oder weniger weiten Sinn gebraucht, der im Extremfall alle voraussichtlich oder jedenfalls möglicherweise nur vorübergehend bestehenden Arbeitsplätze erfaßt[985]. Bei den verschiedenen Sachverhalten, die unter einen solchen weiten Begriff passen, können jedoch sehr unterschiedliche Interessen und Probleme bestehen, weshalb eine stärkere Aufgliederung und Abgrenzung von Fallgruppen

---

983) Siehe oben dd

984) Siehe oben aa α

985) Z. B. zählt KR-HILLEBRECHT (§ 620 BGB Rdnr. 179 i. V. m. Rdnr. 178) zur Aushilfe "Einstellungen zur Vertretung erkrankter oder beurlaubter Arbeitnehmer, für die Dauer des Beschäftigungsverbots einer Arbeitnehmerin nach dem MuSchG, für die Erledigung von Eilaufträgen, für starken Kundenandrang in Kaufhäusern und Geschäften an verkaufsoffenen Sonnabenden und vor Feiertagen, für Inventuraufnahmen, für Ausverkäufe, im Baugewerbe oder im Schiffbau für bestimmte Bauten oder bei den Hafen-Betriebsvereinen beim vorübergehenden verstärkten Anfall von Lösch- oder Ladearbeiten".

Hiervon rechne auch ich die Vertretung erkrankter, beurlaubter oder schwangerer Arbeitnehmer zur Aushilfe (unten ß). Eilaufträge, verkaufsoffene Sonnabende, Ausverkäufe und verstärkten Anfall von Ladearbeiten behandle ich gesondert als "Mehrarbeit" (oben dd). Bei Einstellungen für bestimmte Bauten im Baugewerbe oder im Schiffbau kann je nach den Umständen ebenfalls Mehrarbeit vorliegen, oder in Ausnahmefällen auch eine "einmalige Arbeitsaufgabe" (oben

erforderlich ist. Siehe zu alledem zunächst die Ausführungen und Nachweise oben unter a, ferner dazu, daß in der Literatur häufig "Mehrarbeit" in der Fallgruppe "Aushilfe" aufgeht, oben Fn. 894. Auch "einmalige Arbeitsaufgaben" werden z. T. zur Aushilfe gezählt[986]. Nach einer auch für Befristungen häufig gebrauchten[987] Definition ist ein Aushilfsarbeitsverhältnis ein Arbeitsverhältnis, das eingegangen wird, um einen vorübergehenden Bedarf an Arbeitsleistungen zu decken, und zwar einen solchen, der sich nicht so sehr aus dem organischen Aufbau des Betriebes und seinem normalen Ablauf, als vielmehr aus besonderen, meist nicht voraussehbaren Umständen ergibt. WOHNSEIFER nennt als Beispiele Krankheit, Urlaub, Schwangerschaft, Anwachsen des Geschäftsgangs vor Feiertagen, Schluß- und Ausverkäufe.

ßß) Stellungnahme

Der sich aus obiger Definition ergebende Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses ist entwickelt worden zu § 622 IV BGB, wonach bei vorübergehender Aushilfe bis zu drei Monaten Dauer verkürzte Kündigungsfristen einzelvertraglich vereinbart werden können. Dieser Begriff steht also an sich in keiner Beziehung zu Fristverträgen, und es ist m. E. auch nicht sinnvoll, ihn für die Fallgruppeneinteilung zu "entleihen", weil er allzu verschiedene Sachverhalte erfaßt und bei einer stärker differenzierenden Begriffsbildung präziser beurteilt werden kann, bei welchen Fallgestaltungen eine Befristung gerechtfertigt ist. Unter Aushilfe werden Fälle verstanden, die von mir als

---

aa); der Auftrag müßte dazu den normalen Geschäftsumfang bei weitem übersteigen, und eine neue, sich anschließende Aufgabe müßte unwahrscheinlich sein.

986) OTTE, S. 29; siehe auch Fn. 985.

987) WOHNSEIFER, S. 74; GUMPERT, BB 69, 1279, unter II 1; WALTER, S. 67; TRABANDT, BB 1951, 535; HEIMEIER, DB 1954, 174.

einmalige Arbeitsaufgaben, Mehrarbeit, Aushilfe während des zeitweiligen Ausfalls eines Arbeitnehmers oder als Aushilfe bis zur Einstellung eines anderen Arbeitnehmers bezeichnet werden[988]. Ein solch weiter Begriff der Aushilfe müßte deshalb für die Frage der Zulässigkeit von Befristungen in weitere Fallgruppen unterteilt werden. "Aushilfe" eignet sich aber auch nicht als Oberbegriff, denn hierfür ist die Reichweite wieder zu eng und ist der von mir als Oberbegriff verwendete Ausdruck "Aufgaben von begrenzter Dauer" zweckmäßiger, weil er weitere von den Interessen her ähnliche Sachverhalte erfaßt, z. B.[989] Saisonarbeitsverhältnisse und länger dauernde einmalige Arbeitsaufgaben, die beide auch von GUMPERT[990] als zumindest nicht in jedem Fall zur "Aushilfe" gehörend bezeichnet werden.

M. E. sollte deshalb "Aushilfe" nicht pauschal als Fallgruppe zulässiger Befristungen gebraucht werden[991], sondern nur mit einer zusätzlichen Angabe, worauf sich die Aushilfe bezieht. Daraus ergeben sich die Fallgruppen "Aushilfe während des zeitweiligen Ausfalls eines anderen Arbeitnehmers" und "Aushilfe bis zur Einstellung eines anderen Arbeitnehmers". Die weitere

---

988) Vgl. Fn. 985

989) Gegenüber der für § 622 IV BGB überwiegenden Definition des Aushilfsarbeitsverhältnisses (siehe Fn. 812) hat die von mir als "Aufgaben von begrenzter Dauer" bezeichnete Obergruppe außer länger dauernden einmaligen Arbeitsaufgaben und Saisonarbeiten, die nur in der Saison anfallen, die weiteren zusätzlichen Untergruppen der absehbaren Verringerung des Personalbedarfs, der Aushilfe bis zur Einstellung eines anderen Arbeitnehmers und der Ungewißheit, ob es sich um eine Daueraufgabe handelt.

990) a. a. O. (Fn. 987)

991) So aber z. B. BAG (GS) Beschl. vom 12.10.60, a. a. O. (Fn. 865), unter C 3. Aus der Literatur siehe außer den bereits zitierten Stimmen KOCH, BB 1978, 1218 (1222), bei Fn. 89.

Gruppe "vorübergehende Besetzung von Mitarbeiterstellen bei vakantem Lehrstuhl" ist ein Fall der "Aushilfe bis Einstellung", der aber wegen besonderer Interessen und Gegebenheiten im Universitätsbereich nicht den gleichen Anforderungen unterworfen werden kann.

ß) Aushilfe während des zeitweiligen Ausfalls eines anderen Arbeitnehmers

Es besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit[992] darüber, daß die Befristung einer Ersatzkraft zulässig ist[993], die wegen Krankheit[994], Urlaub[995] oder Schwangerschaft[996] eines anderen Arbeitnehmers vorübergehend beschäftigt wird. Nach einem BAG-Urteil gilt dies auch beim Ausfall eines Beamten durch vorübergehende Suspendierung von unbekannter Dauer[997].

Der h. M. ist grundsätzlich zuzustimmen, denn der Arbeitgeber hat ein sehr starkes Interesse daran, einerseits den Arbeitsanfall während des Ausfalls eines ständig beschäftigten Arbeit-

---

992) Ausgenommen sind natürlich die Auffassungen, nach denen Befristungen schlechthin unzulässig sind, bzw. anstelle des Sachgrundkriteriums Kündigungsschutzvorschriften analog anzuwenden sind (oben 1. Teil A II 1 und 4 b).

993) Allgemein für die Vertretung "fehlender" Arbeitnehmer anerkannt in BAG Urteil vom 7.5.80, 5 AZR 593/78, AuR 1980, 344 f., sowie für die Vertretung von "wegen Beurlaubung, Krankheit u. ä." ausfallenden Mitarbeitern von BAG Urt. vom 30.9.81, 7 AZR 602/79, unter 3, AP Nr. 63 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Siehe ferner die Nachweise in den folgenden Fn.

994) BAG Urt. vom 10.5.57, 2 AZR 270/55, AP Nr. 11 zu § 1 TVG Auslegung (die Zulässigkeit der Befristung wird in diesem Urteil aber nicht ausdrücklich geprüft) und vom 5.3.70, 2 AZR 175/69, AP Nr. 34 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 1R; WOHNSEIFER, S. 74; AUFDERHAAR, S. 97; OTTE, S. 28; PALME, BlStSozArbR 1970, 268 (269), unter IV 1 a; MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 32; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 179.

995) Siehe die Literaturnachweise in Fn. 994 mit Ausnahme von MünchKomm-SCHWERDTNER

996) WOHNSEIFER, S. 74; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 179.

997) vom 8.3.62, 2 AZR 497/61, unter 1 C, AP Nr. 22 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

nehmers zu bewältigen und andererseits die Aushilfskraft nach Rückkehr des Stamm-Mitarbeiters mit Sicherheit und möglichst ohne großen Aufwand wieder "loszuwerden", damit der Arbeitsplatz nicht doppelt besetzt ist. Es besteht auch kaum Gefahr, daß durch diese Fallgruppe Arbeitnehmer befristet werden, die auch unbefristet beschäftigt werden könnten[998].

Bei dieser Fallgruppe sind Zeitbefristung, Zweckbefristung und auflösende Bedingung denkbar. Um eine Zeitbefristung handelt es sich, wenn mit der Aushilfskraft eine bestimmte Dauer des Arbeitsverhältnisses vereinbart ist. Soll hingegen das Arbeitsverhältnis automatisch mit der Rückkehr des vertretenen Arbeitnehmers enden, so handelt es sich um eine auflösende Bedingung, falls fraglich ist, ob die Rückkehr überhaupt jemals möglich sein wird, und um eine Zweckbefristung, wenn die Rückkehr sicher und nur deren Zeitpunkt ungewiß ist[999]. Zu der Frage, ob und inwieweit auflösende Bedingung und Zweckbefristung zulässig sind, siehe oben 2. Teil B II.

Die Befristung ist grundsätzlich auch dann zulässig, wenn die Aushilfskraft nacheinander mehrere Stammarbeitnehmer vertreten soll, die z. B. nacheinander in der Weise in Urlaub gehen, daß sich ein Urlaub an den anderen anschließt[1000]. Eine solche Aushilfe für immer wieder andere Arbeitnehmer darf aber m. E. keinesfalls zu einer ganzjährigen Beschäftigung - sei es auch mit kurzen Unterbrechungen - der Aushilfe führen, denn

---

998) Eine Ausnahme besteht hinsichtlich der sog. "Springer", dazu sogleich unten.

999) Diese Abgrenzung entspricht dem üblichen Sprachgebrauch. Näher oben 2. Teil A III 2, bei und in Fn. 721. Demgegenüber bezeichnet MünchKomm-SCHWERDTNER (§ 620 BGB Rdnr. 32) die Einstellung bis zur Rückkehr eines erkrankten Arbeitnehmers ohne Differenzierung als auflösend bedingt.

1000) Vgl. BAG Urt. vom 10.5.57, 2 AZR 270/55, AP Nr. 11 zu § 1 TVG Auslegung, wo der Senat in einem solchen Fall mit einer Gesamtdauer von drei Monaten eine Aushilfe bejaht. Allerdings war in diesem Fall die Zulässigkeit der Befristung nicht umstritten.

bei einer solchen Sachlage wäre dem Arbeitgeber die Beschäftigung eines sogenannten "Springers"[1001] zumutbar, auch wenn dieser u. U. während kurzer Zeitabschnitte nicht benötigt würde. In diesem Sinn sind auch zwei neuere Urteile des BAG[1002] zu verstehen, denen zufolge eine Befristung zur "Daueraushilfe" nicht zulässig ist.

γ) Aushilfe bis zur Einstellung eines anderen Arbeitnehmers

αα) Aushilfe nach Vertragsabschluß mit dem "endgültigen" Arbeitnehmer

Einen Arbeitsplatz vorübergehend mit einem befristeten Arbeitnehmer zu besetzen ist auch dann zulässig, wenn für diese Stelle bereits ein unbefristeter Arbeitsvertrag mit einem anderen Arbeitnehmer abgeschlossen ist, dieser "endgültige" neue Mitarbeiter aber noch nicht zur Verfügung steht, etwa weil er in seinem bisherigen Beschäftigungsverhältnis die Kündigungsfrist einhalten muß[1003]. Die Interessenlage ist hier ähnlich wie bei Aushilfe während des vorübergehenden Ausfalls eines Arbeitnehmers. Der Unterschied besteht nur darin, daß der "ausfallende" Arbeitnehmer seinen Dienst noch gar nicht angetreten hat. Würde man die Befristung nicht zulassen, müßte der Arbeitgeber den Arbeitsplatz bis zum Dienstantritt der vorübergehend verhinderten Kraft unbesetzt lassen - womit niemandem gedient wäre -, oder der Arbeitgeber müßte, wenn dies nicht möglich ist, der sofortigen Verfügbarkeit eines Bewerbers den

---

1001) Ein "Springer" ist ein unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer, dessen Aufgabe es ist, an Arbeitsplätzen auszuhelfen, die durch Urlaub, Krankheit u. ä. vorübergehend unbesetzt sind (wird auch als "Dauervertretung" bezeichnet).

1002) Urt. vom 7.5.80, 5 AZR 593/78, unter II 4, AP Nr. 36 zu § 611 BGB Abhängigkeit; 30.9.81, 7 AZR 602/79, unter 3, AP Nr. 63 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

1003) BAG Urt. vom 3.7.70, 2 AZR 380/69, unter 3 b, AP Nr. 33 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R.

Vorrang vor der Qualifikation geben, was weder sinnvoll noch bei einem auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnis zumutbar erscheint.

ßß) Aushilfe vor Vetragsabschluß mit dem Nachfolger

Problematischer ist der Fall, daß der Arbeitgeber keinen Bewerber gefunden hat, der seinen Anforderungen genügt, und deshalb den Arbeitsplatz mit einem weniger überzeugenden Bewerber nur befristet besetzen will in der Hoffnung, daß sich bis zum Fristablauf "etwas besseres findet". Hier ist hinsichtlich der Zulassung von Befristungen größere Vorsicht geboten als bei der soeben erörterten Fallgruppe, daß ein anderer Arbeitnehmer bereits für einen späteren Zeitpunkt für diesen Arbeitsplatz eingestellt ist. Bei der letztgenannten Fallgruppe ist nämlich ein Ausufern nicht zu befürchten, weil die Voraussetzungen genau nachprüfbar sind und nur selten vorliegen werden. Hingegen wird sich ein Arbeitgeber kaum jemals gehindert sehen, zu behaupten, der befristet eingestellte Arbeitnehmer sage ihm nicht völlig zu, und er erstrebe die Einstellung einer qualifizierteren Kraft.

Rechtsprechung[1004] und Literatur[1005] sehen eine solche Befristung dann als zulässig an, wenn dem Arbeitnehmer eine Qualifikation oder ein Leistungsnachweis fehlen, die an sich erfor-

---

1004) BAG Urt. vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (Lektor an Universität ohne die erforderliche Qualifikation "Master of Arts"); 12.8.76, 3 AZR 502/75, AP Nr. 42 a. a. O. (Beschäftigung eines Studenten als Lehrer); 10.1.80, 2 AZR 25/78, AP Nr. 56 a. a. O. (Beschäftigung einer Aushilfskraft mit abgeschlossener fachspezifischer Ausbildung, aber ohne Lehrbefähigung, als Lehrer; Rechtfertigung der Dauer jedoch nur, wenn mit einiger Sicherheit eine entsprechende Dauer des Lehrermangels zu erwarten war); 29.8.79, 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 a. a. O. (wohl als obiter dictum zu verstehende Äußerungen bei befristeter Arbeitsamts-Angestellter); im Urt. vom 7.5.80, 5 AZR 593/78, AuR 80, 344, wird nur "en passant" erwähnt, daß die vorübergehende Besetzung vakanter Stellen eine Befristung rechtfertigen kann, ohne daß weitere Anforderungen an die Zulässigkeit genannt werden.

derlich sind. Meist handelt es sich dabei um eine gesetzlich vorgeschriebene Ausbildung oder Prüfung. WIEDEMANN/PALENBERG[1006] wollen anscheinend die Befristung nicht nur bei fehlender Qualifikation der Aushilfskraft zulassen, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber damit rechnet, später besser qualifizierte Bewerber zu finden. Demgegenüber sieht OTTE[1007] es als unzulässig an, befristet angestellte Lehrer deshalb nicht weiterzubeschäftigen, weil inzwischen Bewerber mit besseren Noten zur Verfügung stehen.

LAG Nürnberg, Urt. 30.10.74, Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und soziale Ordnung 1975, Teil C, S. 17 (Heilpädagogin ohne die gesetzlich vorgeschriebene Ausbildung); die folgenden drei LAG-Urteile betreffen Lehrer ohne die vorgeschriebenen Examen; LAG Frankfurt, Urt. vom 23.6.76, 10/2 Sa 1060/75, BB 1976, 1608; 26.8.80, 7 Sa 1349/79, AuR 1981, 218; LAG Berlin, Urt. vom 21.9.76, 3 Sa 58/76, BB 1977, 697, mit die Zulässigkeit einschränkenden weiteren Anforderungen (zu diesen sogleich unten).

1005) Anm. FENN AP Nr. 33 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter 2; SCHRÖTER, S. 155; WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (93), unter II 4 a; KOCH, BB 1978, 1218 (1222), unter 4.3; OTTE, S. 169 (entsprechend seinem dogmatischen Ansatz spricht OTTE nicht von einem Sachgrund, sondern davon, daß die "Unterlassung der Weiterbeschäftigung" gerechtfertigt sei); BUCHNER, MittHV 1981, 125 (129).

1006) RdA 1977, 85 (93), unter II 4 a: "Wenn die Arbeitsplätze knapp sind, soll der qualifiziertere oder besser qualifizierte Bewerber den Vorrang haben". Unzutreffend ist übrigens die Ansicht von WIEDEMANN/PALENBERG, es handle sich dabei um eine Befristung wegen Drittinteressen, denn in erster Linie liegt es natürlich im Eigeninteresse des Arbeitgebers, daß seine Beschäftigten eine möglichst hohe Qualifikation haben.

1007) S. 115f. OTTE kann diese Auffassung leicht begründen, da seiner Ansicht nach das Kündigungsschutzgesetz auf die Nichtweiterbeschäftigung analog anzuwenden ist. Wenn man diesen dogmatischen Ansatz ablehnt, kann man es lediglich als unzulässig ansehen, wegen der Absicht der Auswechslung des Arbeitnehmers gegen einen Bewerber mit besseren Examen zu befristen. Der Arbeitgeber kann aber nicht daran gehindert werden, einen anderen Arbeitnehmer mit besserer Qualifikation anstelle des bisherigen Stelleninhabers einzustellen, wenn dessen aus einem anderen Grund zulässiger Zeitvertrag ausläuft.

Einen Sonderfall betrifft ein BAG-Urteil[1008], demzufolge es zulässig ist, nach Beendigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses durch Erreichen der Altersgrenze den Arbeitnehmer befristet weiterzubeschäftigen, bis ein Nachfolger gefunden ist. Ein weiteres Urteil des BAG[1009] befaßt sich mit einem im Hochschulbereich aufgetretenen Sonderfall, der nicht verallgemeinert werden kann.

Bei der Aushilfe vor Vertragsabschluß mit einem anderen Bewerber besteht eine erhebliche Gefahr des Ausuferns. Ich sehe eine solche Befristung deshalb nur unter den folgenden objektiven und damit nachprüfbaren Voraussetzungen als zulässig an:

1008) vom 21.4.77, 2 AZR 125/76, SAE 1978, 19 (21). Der Kläger war aufgrund des Bundesangestelltentarifs bei Beendigung des 65. Lebensjahrs ausgeschieden und mit einem befristeten Arbeitsvertrag von zwei Monaten Laufzeit weiterbeschäftigt worden.

1009) vom 25.1.80, 7 AZR 69/78, AP Nr. 52 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Der Kläger war als wissenschaftlicher Angestellter befristet angestellt worden, um "Serviceleistungen" zu erbringen, die bisher ein "Assistent erster Phase" ausgeführt hatte. Dieser Assistent war nunmehr in die "zweite Phase" gekommen, in der er nicht mehr zu weisungsgebundener Unterstützungstätigkeit verpflichtet war. Die Laufzeit des Fristvertrages erstreckte sich bis zum Ende des Dienstverhältnisses des Assistenten zweiter Phase, weil anschließend wieder ein Assistent erster Phase eingestellt werden sollte. Der Senat hat die Befristung als zulässig angesehen, weil es sich "um eine Aufgabe von begrenzter Dauer bzw. um eine Aushilfstätigkeit" gehandelt habe. Ich würde diesen Fall als Aushilfe bis zur Einstellung eines anderen Arbeitnehmers einstufen, wobei der Unterschied gegenüber anderen als gerechtfertigt anerkannten Fällen dieser Gruppe darin besteht, daß der befristet Beschäftigte für die von ihm ausgeübte Tätigkeit hinreichend qualifiziert ist, der Arbeitsplatz aber später für einen anderen Bewerber freigemacht werden soll, für den diese Tätigkeit ein Durchgangsstadium seiner wissenschaftlichen Ausbildung ist. Die Zulässigkeit einer Befristung in einem solchen Fall ist m. E. nicht unproblematisch und hängt davon ab, ob eine kontinuierliche Erbringung von Serviceleistungen nicht auch auf andere Weise sichergestellt werden könnte.

(1) Dem befristet Eingestellten muß ein beruflicher Abschluß fehlen[1010], der für den betreffenden Arbeitsplatz an sich erforderlich ist (z. B. Lehrbefähigung), oder der auf dem betreffenden Arbeitsplatz bisher üblich war (z. B. bisheriger Personalchef war Volljurist; da bei seinem Ausscheiden kein geeignet erscheinender Jurist für diese Position zu finden ist, wird die Stelle vorübergehend und mit befristetem Arbeitsvertrag durch einen Bewerber ohne juristische Ausbildung besetzt). Wegen der Gefahr des Ausuferns kann es nicht ausreichen, daß der Arbeitgeber damit rechnet, später einen anderen Bewerber mit dem gleichen Abschluß, aber einem besseren Prüfungsergebnis einstellen zu können.

(2) Zusätzlich ist m. E. die Anforderung zu stellen, daß es sich um eine nicht allzu lange Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses handelt, denn vor einer gewissen Dauer an ist es unwahrscheinlich, daß noch ein qualifizierterer Bewerber gewonnen werden kann, nachdem dies bis dahin nicht gelungen ist. Ausgangspunkt für die Bemessung der zulässigen Dauer muß m. E. sein, daß der Arbeitgeber, wenn er zu einem Zeitpunkt der Hochkonjunktur auf einen leergefegten Arbeitsmarkt stößt, die Möglichkeit haben sollte, das nächste Konjunkturtal abzuwarten, so daß die zulässige Dauer etwa einen halben Konjunkturzyklus, also maximal vier Jahre, betragen sollte. Die neuere Rechtsprechung stellt in diesem Punkt z. T. sogar noch schärfere Anforderungen, jedenfalls soweit es sich um die Einstellung von nicht hinreichend qualifizierten Personen zur Aushilfe bei Lehrermangel handelt. Das LAG Berlin[1011] anerkennt beim Fehlen von Laufbahnbewerbern für eine Lehrertätigkeit

---

1010) Diese Voraussetzung ist nicht erforderlich bei dem oben erörterten Sonderfall, daß ein Arbeitnehmer nach Erreichen der Altersgrenze seine Tätigkeit aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrages fortsetzt, bis ein Nachfolger gefunden ist.

1011) Urt. vom 21.9.76, 3 Sa 58/76, BB 1977, 697. Der für die Erteilung von Unterricht an öffentlichen Schulen eingestellte Kläger hatte wegen des Fehlens von Laufbahnbewerbern vier befristete Arbeitsverträge von je sechs Monaten Dauer erhalten, was das Gericht als unzulässig ansieht.

einen Sachgrund nur, wenn bei Vertragsabschluß bereits feststeht, "daß in einem nicht allzu weit entfernt liegenden Zeitpunkt Laufbahnbewerber in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen werden", und daß Aussicht darauf besteht, daß bei Ablauf des befristeten Arbeitsvertrages diese ausreichende Zahl von Laufbahnbewerbern vorhanden ist. Ähnlich, aber nicht ganz so scharf in den Anforderungen verlangt das BAG in einem Urteil von 1980[1012] für einen solchen Fall des Lehrermangels, daß "der Schulträger im Zeitpunkt der Vereinbarung aufgrund greifbarer Tatsachen mit einiger Sicherheit eine entsprechende Dauer des Lehrermangels annehmen konnte"[1013].

Ausnahmen von diesen Grundsätzen können bei besonderer Interessenlage angebracht sein, etwa für die vorübergehende Besetzung von Mitarbeiterstellen bei vakantem Lehrstuhl einer Universität.

hh) Haushaltsgründe[1014]

Die Haushaltspläne der öffentlichen Hand werden nur für jeweils ein oder zwei Jahre aufgestellt. Die Frage, ob im Hinblick darauf Befristungen bis zum Ende der Haushaltsperiode zulässig sind, hat Rechtsprechung und Literatur viel beschäftigt.

1012) Urt. vom 10.1.80, 2 AZR 25/78, DB 1980, 2248, Leitsatz 2

1013) Der Senat stellt diese Anforderung hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung der Dauer der Befristung. M. E. muß man aber die Befristung überhaupt und nicht nur die Dauer als unzulässig ansehen, wenn nicht absehbar ist, ob überhaupt und wann die Aushilfskraft durch einen qualifizierten Bewerber ersetzt werden kann. Allerdings ergibt sich bei einer ungerechtfertigt langen Dauer der Befristung, die hier anzunehmen wäre, kein Unterschied in den Rechtsfolgen gegenüber einem fehlenden Sachgrund dafür, überhaupt zu befristen. (Hingegen ließe sich bei ungerechtfertigt kurzer Dauer einer Befristung durchaus die Ansicht vertreten, daß dies nicht zu einem quasi unbefristeten Arbeitsverhältnis führt, sondern daß der Arbeitgeber sich nach Ablauf der geringstzulässigen Dauer auf die Befristung berufen kann. Siehe hierzu oben in und bei Fn. 51).

1014) Zu Befristungen zur Verausgabung von Haushaltsresten siehe oben bb dd

a) Rechtsprechung

Das RAG hatte zunächst eine Befristung wegen unsicherer Etatmittel zugelassen, dann jedoch seine Rechtsprechung unter dem Eindruck kritischer Stimmen in der Literatur geändert[1015]. Diesem "Endstand" der RAG-Rechtsprechung entspricht das 1954 ergangene erste Urteil des BAG zu befristeten Arbeitsverträgen[1016], in dem der 2. Senat Haushaltsplänen lediglich interne Bedeutung zubilligt und keine Wirkung gegenüber Dritten. Der öffentliche Dienst sei genauso zu behandeln wie private Unternehmen. Ein Einfluß des Haushalts auf die Zulässigkeit einer Befristung kommt demnach nicht in Betracht. Ein weiteres, 1955 ergangenes Urteil des 2. Senats bestätigt diese Rechtsprechung[1017].

Hiervon ist der 1. Senat des BAG 1961[1018] abgewichen[1019], ohne die früheren Urteile zu Haushaltsgründen zu erwähnen. Nach diesem Urteil ist eine Befristung zwar nicht schon deshalb zulässig, weil die Haushaltspläne i. d. R. immer nur ein Jahr gelten. Der erkennende Senat führt jedoch folgendes aus[1020]: "Besteht für den Behördenleiter die Möglichkeit,

---

1015) Siehe die Darlegungen und Nachweise von SCHRÖTER, S. 160f.

1016) Urt. vom 21.10.54, 2 AZR 15/53, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG, unter 4

1017) Urt. vom 26.11.55, 2 AZR 516/54, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG, Bl. 2

1018) Urt. vom 5.5.61, 1 AZR 65/56, AP Nr. 17 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. In dem entschiedenen Fall war eine Befristung allerdings auch ohne Anerkennung von Haushaltsgründen zulässig, falls es sich um eine Einstellung im Rahmen eines Sonderprogramms (dazu oben bb $\alpha\gamma\gamma$) handelte. Das beklagte Land hatte dies vorgetragen, es fehlte aber an einer diesbezüglichen tatsächlichen Aufklärung.

1019) Auch SCHRÖTER, S. 162, bezeichnet dieses Urteil als Einschränkung der bisherigen Grundsätze.

1020) In AP auf Bl. 3; Unterstreichungen durch mich

daß der neue Haushaltsplan - und zwar sogar ohne Rücksicht darauf, daß der Arbeitsanfall im neuen Rechnungsjahr gleich geblieben oder sogar noch angewachsen sein wird - die für die Bezahlung der in Frage stehenden Arbeitskräfte notwendigen Mittel nicht zubilligen wird, so ist eine aus diesem Grunde vorgenommene Befristung des Arbeitsvertrags dieses Bediensteten nicht aus unsachlichen Erwägungen erfolgt. Anders ist es nur, wenn der Behördenleiter mit großer Wahrscheinlichkeit damit rechnen kann, daß auch der neue Haushaltsplan die für die Bezahlung der betreffenden Arbeitskraft auf dem ihr zugewiesenen Arbeitsplatz notwendigen Mittel vorsehen wird. Das wird in aller Regel dann der Fall sein, wenn es sich um ständig wiederkehrende Verwaltungsaufgaben handelt". In den Leitsätzen wird dies dahingehend zusammengefaßt, daß die "entfernte Möglichkeit", daß der neue Haushaltsplan für die betreffende Stelle keine Mittel vorsehen wird, noch kein sachlicher Grund für die Befristung sei.

Der 2. Senat hat in einem Urteil von 1970[1021] unter Hinweis auf das Urteil des 1. Senats dessen Grundsätze zur Haushaltsbefristung angewendet, ohne auf die frühere Rechtsprechung des 2. Senats einzugehen.

Die damit wieder einheitliche Rechtsprechung des BAG hat 1979 durch den 4. Senat[1022] eine Änderung im Sinne einer Einschränkung dieses Sachgrundes erfahren. In diesem Urteil werden zwei Alternativen unterschieden. "Wird in einem Haushaltsplan eine bestimmte Personalstelle gestrichen ...", so sei "diese haushaltsrechtliche Entscheidung ohne weitere Prüfung hinzunehmen",

---

1021) BAG Urt. vom 5.3.70, 2 AZR 175/69, Bl. 2R in AP Nr. 34 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Zustimmend A. HUECK, Anm. a. a. O., unter 2 d, und PALME, BlStSozArbR 1970, 268 (270), unter IV 1 e.

1022) BAG Urt. vom 29.8.79, 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (Arbeitsamts-Urteil). In der Sache zust. Anm. von PLANDER, SAE 1980, 186, unter II. REUTER stellt in seiner Urteilsbesprechung (JuS 1980, 688) klar heraus, daß es sich um eine Änderung der Rechtsprechung handelt, durch die der öffentliche Dienst nunmehr gleich wie die Privatwirtschaft behandelt wird.

d. h., eine Befristung auf den Zeitpunkt des Auslaufens der Mittel ist dann nach Ansicht des Senats sachlich gerechtfertigt. Das gleiche gelte bei einer haushaltsrechtlichen "Entscheidung, daß eine Haushaltsstelle nur für eine genau bestimmte Zeitdauer bewilligt wird und sie anschließend in Fortfall kommt". In allen anderen Fällen, nämlich wenn nicht bestimmte Stellen im Haushalt befristet oder gestrichen werden, sondern Haushaltszuweisungen nur allgemein gekürzt werden ("allgemeine Einsparungen"), oder bei "Unsicherheit, ob der kommende Haushaltsplan Mittel für eine Stelle vorsieht", könne sich aus den Haushaltserwägungen kein Sachgrund ergeben. Eine Befristung könne dann nur wegen eines anderen sachlichen Grundes zulässig sein, der eventuell den Haushaltserwägungen zugrunde liegt, wobei das Gericht insbesondere einen "nur vorübergehenden zusätzlichen Arbeitsanfall"[1023] nennt. Der Senat begründet seine für die zweite Alternative von dem Urteil des 1. Senats von 1961 abweichende[1024] Auffassung damit, daß das Haushaltsrecht nicht unmittelbar in die Rechte Dritter eingreifen könne, also für den Arbeitnehmerschutz keine Rolle spielen könne, weshalb der öffentliche Dienst genauso zu behandeln sei wie die Privatwirtschaft. Dieser geänderten Rechtsprechung hat sich der 7. Senat 1980 ausdrücklich angeschlossen[1025].

1023) Bei vorübergehendem zusätzlichen Arbeitsanfall kommt der Sachgrund "Mehrarbeit" in Betracht, siehe oben dd.

1024) Siehe Fn. 1018. Die Abweichung von diesem Urteil wird allerdings in der Entscheidung des 4. Senats von 1979 nicht deutlich gemacht, sondern diese frühere Entscheidung wird lediglich mit der den Gegensatz verschleiernden Formulierung "vgl. auch" zitiert. Die gleiche Ausdrucksweise wird gebraucht im Urteil des 7. Senats vom 25.1.80, 7 AZR 69/78, AP Nr. 52 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

1025) Urt. vom 25.1.80, 7 AZR 69/78, AP Nr. 52 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. In diesem Fall war die Befristung gerechtfertigt, weil der Haushaltsausschuß bereits vor der Einstellung entschieden hatte, daß die Stelle zu einem bestimmten Datum entfallen würde, und dies dem Arbeitnehmer auch mitgeteilt worden war. (Zu der Frage, ob Kenntnis des Arbeitnehmers vom sachlichen Grund erforderlich ist, siehe oben 1. Teil E.)

In seinen Urteilen vom 14.1.1982[1026] zur Befristung hessischer Lehrer hat der 2. Senat eine Rechtfertigung durch Haushaltsgründe verneint. Aus Haushaltsgründen könne sich ein Sachgrund nur ergeben, wenn Haushaltsstellen von vornherein nur für eine genau bestimmte Zeit bewilligt worden seien oder mit der Streichung von bestimmten Stellen mit einiger Sicherheit zu rechnen sei. Diese Abgrenzung ist enger als die früher vom 2. Senat (im Anschluß an den 1. Senat) vertretene Ansicht, da sie "einige Sicherheit" hinsichtlich zukünftiger Streichungen verlangt. Sie ist aber weiter als die 1979 vom 4. Senat entwickelte Auffassung.

Auf LAG-Ebene sind aus neuerer Zeit[1027] nur zwei veröffentlichte Urteile ersichtlich. Das erste davon ist die vorinstanzliche Entscheidung des "innovativen" Urteils des 4. BAG-Senats von 1979. In diesem Urteil hat das LAG-Düsseldorf[1028] die dann vom BAG übernommene Ansicht vertreten, daß die Möglichkeit zukünftiger Mittelkürzungen kein ausreichender Sachgrund sei. Nach dem 2. LAG-Urteil, das 1978 in Frankfurt[1029] ergangen ist, können befristete Anstellungsverträge mit Lehrern aus haushaltsmäßigen Gründen sachlich berechtigt sein. Dieses noch vor der Entscheidung des BAG von 1979 ergangene LAG-Urteil muß nicht zwingend im Sinne eines Widerspruchs zur neuen BAG-Rechtsprechung interpretiert werden, denn das BAG faßt auch Sonderprogramme[1030], die nach seiner Ansicht zulässig sein können, unter den Begriff der Haushaltsgründe.

1026) 2 AZR 245/80, unter B II 1, NJW 1982, 1475 (1477 f.); 2 AZR 254/81, unter B III 1 (wörtliche Obereinstimmung mit B II 1 der Gründe des vorgenannten Urteils, deshalb Abdruck in NJW 1982, 1478f. ohne die einschlägige Passage). Ebenso das Urteil des BAG vom 19.1.82, 2 AZR 145/80, (demn.) AP Nr. 64 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Leitsätze in RdA 1982, 323f. (Leitsatz 1).

1027) Zur älteren LAG-Rechtsprechung siehe die Nachweise bei WOHNSEIFER, S. 78, Fn. 1

1028) Urt. vom 3.5.77, 18 Sa 169/76, DB 1977, 2380; das Urteil wurde vom BAG aufgehoben, weil es vom dogmatischen Ansatz der Analogie zu Kündigungsschutzvorschriften ausgeht und infolgedessen das LAG einige relevante Feststellungen nicht getroffen hatte.

1029) LAG Frankfurt Urt. vom 4.7.78, 9 Sa 1342/77, AuR 1979, 284 a. E.

1030) Zu Sonderprogrammen oben bb ♂ , insbes. unter ♂ ♂

ß) Literatur

Die Rechtsprechung des BAG hat in ihrer unterschiedlichen Gestalt jeweils bei einem bedeutenden Teil der Literatur Zustimmung gefunden[1031]. Allerdings hat bereits vor der mit dem Urteil von 1979 eingetretenen Rechtsprechungsänderung ein Teil des Schrifttums[1032] die bis dahin vorliegenden Urteile schon dahin interpretiert, daß Befristungen allein aus Haushaltsgründen nicht möglich seien, sondern andere Sachgründe hinzukommen müßten. Diese Ansicht, die sich zwar aus einer Gesamtschau der Befristungsgründe und unter dem Gesichtspunkt einer Gleichbehandlung von Privaten und öffentlicher Hand[1033] auf-

---

1031) Zu den Urteilen von 1954 und 1955 (AP Nr. 7 und 14 zu § 1 KSchG): A. HUECK Anm. AP Nr. 7 zu § 1 KSchG; NIKISCH, ArbR I, § 47 II 4, S. 675; MOLITOR Anm. zum Urteil des LAG Hamburg vom 30.6.55, AP Nr. 3 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter II.

Zu der Rechtsprechung von 1961 und 1970 (AP Nr. 17 und 34 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag): A. HUECK Anm. AP Nr. 17 a. a. O., unter 2, Bl. 5; GAMILLSCHEG, Festschr. MOLITOR, 1962, S. 76; FALKENBERG DB 1971, 430 (433), C II 1. Wohl ebenfalls auf der Linie dieser Rechtsprechung befindet sich KOCH, BB 1978, 1218 (1222), der betont, daß allgemeine haushaltsrechtliche Erwägungen (also der bloße Umstand, daß der Haushaltsplan immer befristet ist) kein ausreichender Sachgrund sind. Hingegen enthält die Stellungnahme von SCHRÖTER, S. 164, eine völlige Verneinung eines Sachgrundes und eine eindeutige Ablehnung des BAG-Urteils von 1961.

Zustimmend zu der ab 1979 geänderten Rechtsprechung: KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 172 (HILLEBRECHT sieht allerdings keinen Widerspruch zu der vorhergehenden Rechtsprechung); MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 44; RICHARDI DB 1981, 1461 (1462), unter II 3; unklar SCHAUB, Handbuch, § 39 I 2, S. 156f., der ausführt, daß eine Befristung wegen der Möglichkeit der Stelleneinsparung im Haushaltsplan nicht gerechtfertigt sei, hierfür aber das BAG-Urteil von 1961 zitiert.

1032) WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (89f.), unter II 1 a; WALZ, ZRP 1978, 77 (79); PLANDER/SCHMIDT, AuR 1979, 321 (328), unter VI.

1033) Zu dieser Gleichbehandlung siehe z. B. KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 168: "Die für die Privatwirtschaft geltenden Grenzen zulässiger Befristungen müssen ... auch ... im öffentlichen Dienst eingehalten werden". Ähnlich in Rdnr. 172.

drängt, aber der vor 1979 veröffentlichten Rechtsprechung nicht entnommen werden kann, dürfte die Rechtsprechungsänderung von 1979 maßgeblich beeinflußt haben. Der zuletzt genannten Literaturauffassung entspricht auch eine Meinung[1034], die grundsätzlich Haushaltsgründe ablehnt, jedoch "Sondertatbestände" zuläßt, was richtigerweise ebenfalls so zu verstehen ist, daß die "besonderen Umstände" selbst einen Sachgrund begründen müssen. Ferner gab und gibt es im Schrifttum seit jeher eine Auffassung, die unabhängig von einer gerade aktuellen Rechtsprechung Haushaltsgründe als Sachgrund schlicht ablehnt[1035]. Insgesamt kann man sagen, daß die seit 1979 geänderte Rechtsprechung des 4. und dann auch des 7. Senats des BAG in der heutigen Literatur keinen Widerspruch findet, wenn man diese Rechtsprechung richtigerweise so versteht, daß Haushaltsgründe als solche eine Befristung nie rechtfertigen können, sondern nur hinter den Haushaltsgründen stehende andere berechtigte Interessen, die für sich allein schon einen Sachgrund darstellen[1036].

γ) Stellungnahme

Es ist den beiden ersten BAG-Urteilen zu dieser Frage zu folgen: Haushaltsgründe können keine Befristung rechtfertigen. Es ist nicht angängig, daß arbeitsrechtliche Vorgaben Haushaltsansätzen zu weichen haben. Vielmehr ist umgekehrt bei der Erstellung des Haushaltsplans das allgemeine Arbeitsrecht

---

1034) WOHNSEIFER S. 79f.

1035) Die diesbezügliche Literatur zur BAG-Rechtsprechung ist nachgewiesen bei SCHRÖTER, S. 160f. Aus der Zeit nach dem 2. Weltkrieg die in Fn. 1032 zitierten Stimmen und SCHRÖTER, S. 164 (gegen das BAG-Urteil von 1961); LINDER DB 1975, 2082 (2086), unter V 5; DAMMANN, AuR 1978, 65 (67).

1036) So interpretiert auch KR-HILLEBRECHT, § 620 BGB Rdnr. 172, diese Rechtsprechung

ebenso wie die sonstigen allgemeinen Rechtsnormen zu berücksichtigen. Deshalb dürfen beim Vorliegen von (unbefristeten) Arbeitsverträgen Haushaltsmittel nicht beliebig kurzfristig gekürzt werden. Würde man eine andere Ansicht vertreten, so müßte man konsequenterweise für den gesamten öffentlichen Dienst Zeitverträge als zulässig ansehen, da dieser gesamte Bereich von den Mittelzuweisungen im Haushalt abhängt. Es gibt auch keinen Grund, warum die öffentliche Hand als Dienstgeber besser stehen soll als der privatwirtschaftliche Arbeitgeber, dem es verwehrt ist, das eventuelle Fehlen finanzieller Mittel im nächsten Wirtschaftsjahr als Befristungsgrund zu benutzen. Die Gleichbehandlung bedeutet für die öffentliche Hand auch keine unzumutbare Härte, da nach Rechtsprechung und Literatur[1037] ein betriebsbedingter Kündigungsgrund i. S. d. § 1 II KSchG vorliegt, wenn durch den Haushaltsplan bestimmte, nach sachlichen Merkmalen bezeichnete Stellen gestrichen werden[1038]. Demnach ist die Kündigung nur dann nach dem Kündigungsschutzgesetz unwirksam, wenn der gekündigte Arbeitnehmer anderweitig beschäftigt werden kann oder die Auswahl des zu Kündigenden unter mehreren für die Kündigung in Betracht kommenden Personen fehlerhaft war, d. h., eine Richtlinie über die personelle Auswahl bei Kündigungen oder soziale Gesichtspunkte nicht beachtet wurden.

Bei dieser Auffassung wird sich in aller Regel kein praktischer Unterschied zu der neuen Rechtsprechung des 4. und 7. Senats des BAG ergeben, die noch an dem Terminus "Haushaltsgründe" festhält. Keinerlei Unterschied besteht in denjenigen Fällen, in denen der Haushaltsgeber nicht eine bestimmte Stelle nur für eine genau umrissene Dauer bewilligt, denn dann verlangt auch der 4. Senat, daß "für eine vorübergehende Beschäftigung von der Tatsachenlage her ein objektiv sachlicher Grund"

1037) LINDER (DB 1975, 2082 (2086), unter V 5), WALZ (ZRP 1978, 79f.) und KR-HILLEBRECHT (§ 620 BGB Rdnr. 172) gebrauchen die Kündigungsmöglichkeit als Argument gegen die Erforderlichkeit von Befristungen aus Haushaltsgründen.

1038) BAG Beschluß vom 28.11.56, GS 3/56, AP Nr. 20 zu § 1 KSchG; LAG Düsseldorf, Urt. vom 3.5.77, 18 Sa 169/76, DB 1977, 2380 (2382).

bestehen muß[1039], z. B. Mehrarbeit. Bei im Haushalt nur für eine bestimmte Zeit zur Verfügung gestellten bestimmten Stellen sieht dieser Senat hingegen den Haushaltsplan selbst als Sachgrund an[1040]. Jedoch kommt man auch in diesem Fall mit den sonstigen Sachgründen aus, sofern man neben z. B. einmaligen Arbeitsaufgaben, Mehrarbeit, Verringerung des Personalbedarfs[1041] auch einen Sachgrund "Sonderprogramme, Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen und Zurverfügungstellung einmaliger Mittel durch Privatpersonen"[1042] anerkennt. Dies ist nicht etwa nur eine Verschiebung des Problems von einem Begriff zu einem anderen, sondern hat zwei inhaltliche Konsequenzen. Zum einen wird damit auch Privatpersonen ein Recht eingeräumt, das andernfalls nur der öffentlichen Hand zustünde. Zum anderen geht es nicht an, daß die Rechtsprechung sich bei Befristung einer Stelle durch den Haushaltsplan jeglicher Kontrolle enthält, wie der 4. Senat dies für richtig hält. Die Erfahrung lehrt, daß der Gesetzgeber gegen Fehlgriffe und Mißbräuche keineswegs immun ist, was auch damit zusammenhängen mag, daß "der Gesetzgeber" oft de facto nur aus wenigen Ausschußmitgliedern besteht, die u. U. nicht hinreichend sachkundig sind und eine Verwaltungsvorlage passieren lassen, ohne deren Problematik

---

1039) Urt. vom 29.8.79, 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1040) Siehe den Leitsatz des Urteils des BAG vom 25.1.80, 7 AZR 69/78, AP Nr. 52 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, und die Gründe des in Fn. 1039 zitierten Urteils.

1041) Die Fallgruppe "absehbare Verringerung des Personalbedarfs" (oben ee) greift ein, wenn zum Zeitpunkt der Einstellung auf eine nicht neu geschaffene Stelle der Zeitpunkt des Wegfalls von Haushaltsmitteln für diese Stelle schon feststeht, jedoch nicht die betreffende Arbeitsaufgabe überhaupt entfallen soll. (Falls bei vorgesehener Streichung bereits bestehender Stellen die betreffende Aufgabe nicht nur reduziert werden, sondern völlig entfallen soll, liegt eine einmalige Arbeitsaufgabe vor, siehe oben aa α).

1042) Siehe oben bb

voll erkannt zu haben. Die Rechtsprechung darf sich deshalb nicht der Möglichkeit begeben, korrigierend einzugreifen, wenn der Gesetzgeber z. B. bestimmte Stellen für bestimmte Zeit befristet, dabei aber deutlich wird, daß es sich der Sache nach nicht um ein Sonderprogramm oder einen anderen rechtfertigenden Grund handelt, sondern um eine Umgehung des Arbeitnehmerschutzes.

δ) Haushaltsrechtliche Probleme bei Personalmitteln

Hingewiesen sei noch auf ein nicht arbeitsrechtliches Problem bei Arbeitsverträgen der öffentlichen Hand. Das Haushaltsjahr überschreitende Befristungen oder unbefristete Einstellungen sind nur dann haushaltsrechtlich unbedenklich, wenn sie sich auf eine im Haushaltsplan ausgewiesene Personalstelle beziehen, nicht dagegen, wenn das Arbeitsentgelt aus Personalmitteln bestritten wird, was insbesondere an Hochschulen in erheblichem Umfang der Fall ist.

2. Zu erwartende Verringerung der Eignung des Arbeitnehmers

Diese Fallgruppe deckt sich überwiegend mit den von WIEDEMANN[1043] "Verschleißtatbestände" (= Abnutzungstatbestände) genannten Sachverhalten. Der Unterschied besteht darin, daß WIEDEMANN zu seiner Fallgruppe auch Befristungen von z. B. Künstlern wegen des Abwechslungsbedürfnisses des Publikums rechnet. Befristungen wegen Abwechslungsbedürfnisses sieht man jedoch besser als gesonderte Fallgruppe an, wobei die Fallgruppeneinteilung nach dem Kriterium der zugrundeliegenden Interessen vorgenommen wird. In den Fällen einer zu erwartenden Verringerung der Eignung des Arbeitnehmers liegt das für die Zulässigkeit der Befristung ausschlaggebende Interesse darin, daß dem Ar-

---

1043) Festschr. LANGE, 1970, S. 407 - 409

beitgeber der Nachweis einer nicht mehr ausreichenden Qualifikation des Arbeitnehmers erspart wird, den der Arbeitgeber bei einer personenbedingten Kündigung erbringen müßte. Da dieser Gesichtspunkt in den Fällen eines Abwechslungsbedürfnisses keine Rolle spielt, sind diese Fälle um der Klarheit willen als gesonderte Fallgruppe zu behandeln.

a) Gefahr der altersbedingt nicht mehr ausreichenden Eignung

aa) Befristung auf die Altersgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung

Vor allem in Tarifverträgen, aber auch in Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträgen, ist häufig geregelt, daß das Arbeitsverhältnis am Ende des Kalendermonats endet, in dem das 65. Lebensjahr vollendet wird. Auch das für das vorzeitige Altersruhegeld erforderliche Alter (bei Frauen 60, bei Männern 63 Jahre) kommt als Beendigungszeitpunkt in Betracht.

α) Rechtsnatur

WOHNSEIFER[1044] und BÖHM[1045] bezeichnen eine solche Klausel als "Höchstbefristung". Das bedeutet, daß ein echtes befristetes Arbeitsverhältnis mit der Möglichkeit der ordentlichen Kündigung vor Fristablauf vorliegt[1046]. Auch OTTE[1047] spricht von einer Befristung.

1044) S. 60
1045) S. 62f.
1046) Siehe oben 2. Teil A V
1047) S. 26

Demgegenüber hat das BAG[1048] 1971 angenommen, daß es sich nicht um eine echte Befristung, sondern "bei richtiger Würdigung"[1049] um einen vorweggenommenen Aufhebungsvertrag handle[1050]. Der gleiche Senat des BAG hat in einem Urteil von 1977[1051] dahingestellt sein lassen, ob die Klausel als Befristung oder als vorweggenommener Aufhebungsvertrag zu bewerten ist. HANAU[1052] verneint ebenfalls eine Befristung und bewertet die Regelung als "befristeten Aufhebungsvertrag"[1053]. KONZEN[1054] bezeichnet Altersgrenzen als "eher" vorweggenommene Aufhebungsverträge als Befristungen. Sowohl der genannte Senat als auch HANAU und KONZEN wollen jedoch die für die Befristung von Arbeitsverträgen geltenden Grundsätze entsprechend anwenden.

Wie oben (1. Teil B VII) ausgeführt, ist die Unterscheidung zwischen Befristung und Aufhebungsvertrag insofern von Bedeutung, als nicht unter einer Bedingung geschlossene Aufhebungsverträge ohne sachlichen Grund wirksam sind. Wenn nun das BAG

1048) BAG Urt. vom 25.3.71, 2 AZR 185/70, AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG 1952

1049) Mit dieser Bestimmtheit drückt sich der Senat unter II 2 der Gründe aus, Bl. 3R in AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG 1952. Unter III 1 c (Bl. 7) formuliert das Gericht vorsichtiger: es handle sich bei einzelvertraglicher Vereinbarung "eher" um einen vorweggenommenen Aufhebungsvertrag als um eine "echte Befristung".

1050) Der Senat zitiert hierzu SCHIMANA, BB 1970, 1138. SCHIMANA spricht zwar von einem Aufhebungsvertrag, verneint aber jedenfalls nicht ausdrücklich eine Befristung. Es hat den Anschein, daß SCHIMANA gar nicht gesehen hat, daß hier ein befristeter Arbeitsvertrag vorliegen könnte. (Jedoch sind die Oberlegungen, die SCHIMANA auf S. 1140f. unter III zur Frage einer Umgehung des Kündigungsschutzes anstellt, durchaus für die Frage der Rechtfertigung einer Befristung relevant).

1051) BAG Urt. vom 21.4.77, 2 AZR 125/76, EzA Nr. 1 zu § 60 BAG = SAE 1978, 19

1052) RdA 1976, 24 (26), unter III 1

1053) HANAU verneint eine Befristung, weil eine Kündigung vor Fristablauf möglich ist. Daß dieses Argument unzutreffend ist, wird sogleich unten bei der Auseinandersetzung mit der Auffassung von SIEG dargelegt.

1054) ZfA 1978, 501

und ein Teil der Literatur einerseits einen Aufhebungsvertrag annehmen, andererseits aber dennoch einen sachlichen Grund verlangen, so stellt sich die Frage, wozu die Differenzierung dann gut sein soll. Begriffliche Gesichtspunkte legen es durchaus nicht nahe, zwar vertragliche Altersgrenzen, nicht aber andere Befristungen als Aufhebungsverträge einzuordnen. Jede Befristung oder Bedingung[1055] enthält in einem weiten Sinn einen vorweggenommenen Aufhebungsvertrag, da die Beendigung des Arbeitsverhältnisses kraft der arbeitsvertraglichen Klausel über die Dauer erfolgt. Eine Unterscheidung zwischen Fristverträgen und vorweggenommenen Aufhebungsverträgen ist deshalb nur dann möglich und sinnvoll, wenn man mit dieser Differenzierung unterschiedliche Rechtsfolgen verknüpft und Kriterien für die Einordnung nennt. So ist oben (1. Teil B VII) verfahren worden. Nach den dort gemachten Ausführungen liegt die rechtliche Besonderheit der als Aufhebungsvertrag bezeichneten Vertragsgestaltung darin, daß sie keinen Sachgrund erfordert, und für die Unterscheidung ist darauf abzustellen, ob der Vertrag die Arbeitsleistung sichern oder aber beenden soll. Ein wichtiges Indiz ist hierbei die Zeitspanne, nach der das Arbeitsverhältnis enden soll. Da dieser Zeitraum bei Altersgrenze-Vereinbarungen i. d. R. sehr lang ist, sind die Klauseln als Befristungen einzuordnen. Außerdem wäre für einen Aufhebungsvertrag vorauszusetzen, daß er im Lauf eines bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses vereinbart wird, während Altersgrenzklauseln meist schon bei Vertragsabschluß vereinbart werden bzw. bereits zu diesem Zeitpunkt durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Inbezugnahme eines Tarifvertrags wirksam werden. Nach alledem ist es verfehlt, daß das BAG eine "echte Befristung"[1056] verneint, weil ein vorweggenommener Aufhebungsvertrag vorliege.

1055) Vgl. auch das BAG-Urteil vom 19.12.74, 2 AZR 565/73, AP Nr. 3 zu § 620 BGB Bedingung, in dem ein auflösend bedingter Arbeitsvertrag als "bedingter Aufhebungsvertrag" bezeichnet wird. Vgl. auch BECKER-SCHAFFNER, Der Aufhebungsvertrag in der Rechtsprechung, BB 1981, 1340 (1346), wo unter VII (zur befristeten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aufgrund eines Prozeßvergleichs) die Begriffe Aufhebungsvertrag und Befristung synonym gebraucht werden.

1056) Der Begriff der "echten Befristung" hat ohnehin nur Bedeutung für die Abgrenzung gegenüber Arbeitsverträgen mit ei-

Eine weitere Variante zur Rechtsnatur der Altersgrenzeklausel hat SIEG[1057)] in seiner Anmerkung zu dem bereits erwähnten Urteil des BAG von 1977 beigesteuert. Seiner Ansicht nach handelt es sich nicht um eine Befristung, sondern um eine auflösende Bedingung. Dieser Auffassung haben sich bereits MünchKomm-SCHWERDTNER[1058)] und KONZEN[1059)] mit vorsichtigen Formulierungen und ohne Begründung angeschlossen. SIEG begründet seine Ansicht damit, daß ein solcher Arbeitsvertrag von beiden Seiten vor Fristablauf gekündigt werden kann. Er will damit offenbar darauf abstellen, daß wegen der Kündigungsmöglichkeit der Eintritt des beendenden Ereignisses - das Erreichen der Altersgrenze - ungewiß und nicht, wie für eine Befristung i. e. S. erforderlich, gewiß sei. Damit verkennt SIEG jedoch, daß generell bei befristeten Arbeitsverträgen eine Kündigungsmöglichkeit vereinbart werden kann[1060)], ohne daß bisher jemand auf den Gedanken gekommen wäre, im Fall einer solchen Kündbarkeitsvereinbarung eine Bedingung statt einer Befristung anzunehmen. Diese bisherige Auffassung ist zutreffend, denn die Kündigungsmöglichkeit ändert nichts daran, daß der Eintritt der Bedingung "Erreichen des 65. Lebensjahres" gewiß ist. Eine vorherige Beendigung des Arbeitsverhältnisses verhindert nämlich nicht den Eintritt dieser Bedingung, sondern macht den Bedingungseintritt lediglich wirkungslos, weil das Arbeitsverhältnis schon zuvor aufgelöst war. Wollte man der Ansicht von SIEG folgen, so müßte man auch bei jeder Befristung ohne Kündbarkeitsklausel eine auflösende Bedingung deshalb annehmen, weil das Arbeitsverhältnis z. B. durch außerordentliche Kündi-

---

ner Mindestdauer, bei denen lediglich für eine gewisse Zeit die ordentliche Kündigung ausgeschlossen sein soll. Solche Vereinbarungen werden in der älteren Literatur z. T. irreführend als "befristete Arbeitsverträge mit selbsttätiger Verlängerung" bezeichnet. In Wirklichkeit handelt es sich jedoch nicht um eine Befristung, da das Arbeitsverhältnis nicht nach Ablauf der betreffenden Zeitspanne enden soll. Siehe hierzu oben 2. Teil A V und WOHNSEIFER, S. 47.

1057) Anm. SAE 1978, 19

1058) § 620 BGB Rdnr. 2: "eher" auflösende Bedingung

1059) ZfA 1978, 501: auflösende Bedingung "bzw." vorweggenommener Aufhebungsvertrag

1060) Vgl. Fn. 53

gung oder durch Tod des Arbeitnehmers vor Fristablauf enden kann, so daß insofern die Beendigung durch Fristablauf ungewiß ist. Dann könnten Arbeitsverhältnisse überhaupt nicht i. e. S. befristet werden, sondern es würde sich immer um eine auflösende Bedingung handeln. Die Terminologie von SIEG weicht also nicht nur vom bisher allgemein üblichen Sprachgebrauch ab, sondern ist auch unzweckmäßig. Dies auch deshalb, weil auflösende Bedingungen i. S. d. bisher üblichen Sprachgebrauchs typischerweise besondere Nachteile für den Arbeitnehmer mit sich bringen, die es zweckmäßig erscheinen lassen, zwischen solchen auflösenden Bedingungen einerseits und Befristungen i. e. S. andererseits unterscheiden.

SIEG beruft sich auch auf eine BGH-Entscheidung[1060a)], derzufolge ein Handelsvertretervertrag, der spätestens mit Vollendung des 65. Lebensjahrs des Handelsvertreters enden soll, ein Vertrag auf unbestimmte Zeit i. S. d. § 89 I 1 HGB sein kann[1061)]. Dieser Begriff des Handelsvertreterrechts sollte aber aus den bereits genannten Gründen[1062)] nicht auf befristete Arbeitsverträge übertragen werden.

Demnach sind Arbeitsverträge mit einer Altersgrenze befristete Arbeitsverträge i. e. S.

B) Art. 6 § 5 II Rentenreformgesetz

Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, daß Befristungen auf die Altersgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung zulässig

---

1060a) BGH Urt. vom 6.2.69, VII ZR 125/66, VersR 1969, 445

1061) Ein solcher Handelsvertretervertrag ist ein Vertrag auf unbestimmte Zeit i. S. d. § 89 I 1 HGB, wenn, wie in dem entschiedenen Fall, außerdem ein Kündigungsrecht vereinbart ist.

1062) Besonders hervorzuheben ist, daß ein Handelsvertretervertrag auf bestimmte Zeit voraussetzt, daß keine Kündigungsmöglichkeit besteht, während bei befristeten Arbeitsverträgen eine Kündigungsmöglichkeit vereinbart werden kann (vgl. Fn. 53), ohne daß deshalb eine Qualifizierung des Vertrages als auflösend bedingt üblich ist.

sind. Solche Befristungen haben nämlich durch Art. 6 § 5 II des Rentenreformgesetzes[1063] eine Regelung erfahren, die eingreift, wenn die durch Befristung festgesetzte Altersgrenze kein früheres Alter als das 63. (bei Frauen 60.) Lebensjahr betrifft, jedoch vor Vollendung des 65. Lebensjahres liegt (also bei Männern bei Befristungen auf das 63. oder 64. Lebensjahr). Nach dieser Vorschrift gilt eine Befristung auf einen Zeitpunkt, zu dem der Arbeitnehmer vor Vollendung des 65. Lebensjahres Altersruhegeld der gesetzlichen Rentenversicherung beantragen kann, gegenüber dem Arbeitgeber als auf die Vollendung des 65. Lebensjahres abgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer die Vereinbarung nicht innerhalb von drei Jahren vor dem Zeitpunkt, zu dem er erstmals den Rentenantrag stellen kann, schriftlich bestätigt. Dies gilt auch für Befristungen durch kollektive Vereinbarungen[1064]. Durch diese Regelung soll verhindert werden, daß durch Kollektivverträge oder Einheitsarbeitsverträge für den Arbeitnehmer aus der flexiblen Altersgrenze eine wiederum starre vorgezogene Altersgrenze wird. Sie bewirkt in der Tat, daß Altersgrenze-Befristungen auch nach Einführung des vorzeitigen Altersruhegelds weiterhin üblicherweise auf die Vollendung des 65. Lebensjahres vorgenommen werden.

γ) Rechtsprechung

In Urteilen von 1958[1065], 1961[1066] und 1975[1067] hat das BAG tarifliche Befristungen auf das 65. Lebensjahr als wirksam behandelt, ohne diese Wirksamkeit zu begründen oder auch nur zu

---

1063) Rentenreformgesetz vom 16.10.1972, BGBl. I, S. 1965

1064) SÄCKER, RdA 1976, 91 (100), bei Fn. 62, m. w. N.; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 22.

1065) Urt. vom 28.2.58, 1 AZR 366/56, AP Nr. 2 zu § 18 ATO

1066) Urt. vom 24.5.61, 4 AZR 102/60, AP Nr. 18 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1067) Urt. vom 3.2.75, 5 AZR 159/74, AP Nr. 1 zu § 63 MTL II

problematisieren. In dem ebenfalls eine tarifvertragliche Befristung auf das 65. Lebensjahr betreffenden Urteil von 1977[1068] hat das BAG dahinstehen lassen, ob es sich um eine "echte Befristung" oder um einen vorweggenommenen Aufhebungsvertrag handelt, hat jedoch eine sachliche Rechtfertigung angenommen. Der Senat leitet den Sachgrund daraus her, daß eine solche Befristung "der Oblichkeit des Arbeitslebens, jedenfalls im Bereich des öffentlichen Dienstes" entspreche, und daß die Befristung "eher fürsorglich" sei, "als im Einzelfall etwa im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses durch ärztliche Gutachten den Nachweis zu führen, daß ein Arbeitnehmer aus altersbedingten Gründen nicht mehr in der Lage ist, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen". Das BAG prüft also in diesem Urteil entgegen seinen sonstigen Gepflogenheiten[1069] die Wirksamkeit einer tarifvertraglichen Vereinbarung unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Rechtfertigung.

Ein BAG-Urteil von 1971[1070] betrifft eine Betriebsvereinbarung, durch die die Arbeitsverhältnisse auf das 65. Lebensjahr befristet wurden. In dem Urteil wird die Zulässigkeit derartiger Betriebsvereinbarungen bejaht[1071]. Ein unzulässiger Eingriff in die Individualsphäre liege nicht vor, denn Vor- und Nachteile einer solchen Altersgrenze würden sich im Laufe des

---

1068) Urt. vom 21.4.77, 2 AZR 125/76, AP Nr. 1 zu § 60 BAT

1069) Siehe dazu unten 5. Teil A II 2 b aa

1070) Urt. vom 25.3.71, 2 AZR 185/70, AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG 1952

1071) Unter II 1 der Gründe. Die Begründung stellt auf § 57 des damals geltenden BetrVG von 1952 ab. Im BetrVG 1972 sind die §§ 77, 88 einschlägig. Aus der neuen Fassung ergibt sich aber keine Änderung hinsichtlich der Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen über eine Altersgrenze.

Arbeitslebens ausgleichen. Ein "vernünftiger" Altersaufbau liege nämlich nicht nur im Interesse des Unternehmens, sondern wegen der Aufstiegsmöglichkeiten auch in dem der Belegschaft. Hinzu komme in dem konkreten Fall, daß eine Pensionskasse besteht, deren Leistungen auf das 65. Lebensjahr abgestellt sind. Zu beachten ist aber, daß die Regelungssperre zugunsten der Tarifautonomie[1072] eingreifen kann, was das Gericht für den konkreten Fall verneint hat. Eine derartige Altersgrenze ist zwar nach Ansicht des Senats "bei richtiger Würdigung" nicht als Befristung, sondern als vorweggenommener Aufhebungsvertrag zu kennzeichnen[1073], jedoch nimmt das Gericht auch in diesem Urteil für den Fall der Anwendbarkeit der für Fristverträge geltenden Grundsätze einen Sachgrund an[1074]. Die sachliche Rechtfertigung entnimmt es außer den bereits genannten Argumenten auch der Oblichkeit[1075] von Altersgrenzen. Nach den Leitsätzen der Entscheidung ist die Festsetzung einer Altersgrenze von 65 Jahren durch Betriebsvereinbarung jedenfalls dann rechtlich unbedenklich, "wenn eine Versorgungsregelung besteht, deren Leistungen auf das 65. Lebensjahr abgestellt sind".

Ein Beschluß eines anderen Senats des BAG von 1978[1076], der wiederum eine durch Tarifvertrag festgesetzte Altersgrenze betrifft, nimmt auf die zuletzt referierten Urteile von 1977 und 1971 Bezug und sieht eine solche Regelung jedenfalls dann

---

1072) Im BetrVG 1972 geregelt in § 77 III. HOPPE (BB 1968, 757 (758), unter 2 b, verneint allerdings generell für solche Betriebsvereinbarungen eine Sperre der Tarifüblichkeit, weil diese Frage nicht üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt sei. Dabei läßt HOPPE außer acht, daß die Tarifüblichkeit richtigerweise nicht generell, sondern nur für den Geltungsbereich der tariflichen Regelung beurteilt werden kann, siehe ZÖLLNER, Die Sperrwirkung des § 59 BetrVG, Festschr. NIPPERDEY Band II, 1965, S. 699, und ders., ArbR, § 46 II 5 c bb, m. w. N. auch der abweichenden Rechtsprechung.

1073) Unter II 2 der Gründe, Bl. 3R in AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG, im Anschluß an SCHIMANA, BB 1970, 1138; hierzu oben aa.

1074) Unter III 1 c der Gründe

1075) Vgl. aber zur Oblichkeit oben 1. Teil C IV

1076) BAG Beschl. vom 18.7.78, 1 ABR 79/75, BB 1978, 1718

als zulässig an, wenn eine ausreichende betriebliche Altersversorgung besteht. Als neues Argument in der Rechtsprechung wird in diesem Beschluß im Anschluß an GALPERIN/LÖWISCH[1077] ausgeführt, daß der Zulässigkeit einer Altersgrenze § 75 I 2 BetrVG[1078] nicht entgegenstehe, weil diese Vorschrift nur bezwecke, den Arbeitnehmer davor zu schützen, daß er während seines Erwerbslebens wegen seines Alters benachteiligt wird.

Zu einzelvertraglichen Befristungen auf eine Altersgrenze ist mir kein Urteil bekannt[1079].

Das BAG[1080] ist übrigens der Auffassung, daß bei Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers nach abgelaufener Alterbefristung eine Beteiligung des Betriebsrats nach § 99 I BetrVG erforderlich ist.

8) Literatur

In der Literatur gibt es keine Stimme, die Altersbefristungen als schlechthin unzulässig ansieht[1081]. Streitig ist lediglich, ob für die Zulässigkeit eine ausreichende betriebliche

---

1077) § 75 Anm. 22 mit umfassenden Nachweisen; ebenso MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 34

1078) § 75 I 2 BetrVG: Arbeitgeber und Betriebsrat "haben darauf zu achten, daß Arbeitnehmer nicht wegen Oberschreitung bestimmter Altersstufen benachteiligt werden".

1079) Altersbefristungen in Individualverträgen sind offenbar seltener als kollektivvertragliche. Sie werden jedoch erwähnt von WIEDEMANN, Festschrift LANGE, 1970, S. 395 (407), unter a, und von WOHNSEIFER, S. 60 ("in vielen Einzelarbeitsverträgen")

1080) Beschl. vom 18.7.78, 1 ABR 79/75, BB 1978, 1718 mit ablehnender Anm. von GUMPERT: § 99 I BetrVG erfasse nur die Neueinstellung und nicht die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses, und es sei "nach dem System des Betriebsverfassungsrechtes nicht Sache des Betriebsrats, dafür zu sorgen, daß ein Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz verliert". Diese Argumente sind jedoch nicht zwingend, da der BR nur einer befristeten Einstellung zugestimmt hat und eine unbefristete Weiterbeschäftigung für andere Betriebsangehörige nachteilig sein kann.

1081) Zweifelnd lediglich KONZEN, ZfA 1978, 501, für die einzelvertragliche Vereinbarung einer solchen Klausel. Gegen tarifvertragliche Altersgrenzen hat KONZEN keine Bedenken, wie insbesondere aus seinen Ausführungen auf S. 454, a. E., hervorgeht.

Altersversorgung erforderlich ist[1082], und ob Altersgrenzen auch durch Betriebsvereinbarung festgelegt werden können.

HOPPE[1083] ist der Auffassung, daß eine Betriebsvereinbarung über eine Altersgrenze in die kollektivfreie Individualsphäre eingreife und deshalb[1084] unabhängig vom Bestehen einer Versorgungsregelung unzulässig sei. Gegen diesen Beitrag wendet sich SCHIMANA mit der Ansicht, daß mit der kollektivfreien Individualsphäre nur solche Fälle gemeint sein könnten, in denen "die Bedeutung des Arbeitsverhältnisses gegenüber berechtigten Einzelinteressen ganz in den Hintergrund tritt"[1085], was hier nicht der Fall sei. Auch nach WIEDEMANN/STUMPF[1086] ist eine Altersbefristung durch Betriebsvereinbarung ohne weiteres zulässig. Demgegenüber vertritt CANARIS[1087] die Auffassung, daß eine solche Regelung nur dann durch Betriebsvereinbarung getroffen werden könne, wenn eine ausreichende betriebliche Altersversorgung besteht. Nur unter dieser Voraussetzung liege eine die Arbeitnehmer insgesamt begünstigende Ordnung vor, und der Betriebsrat sei bei der Regelung des materiellen Inhalts der Arbeitsverhältnisse nur zur Vereinbarung

---

1082) Allerdings trifft das Argument von HOPPE (siehe Fn. 1083), daß durch einschlägige Betriebsvereinbarungen die kollektivfreie Individualsphäre verletzt werde, Tarifverträge in gleicher Weise. HOPPE erwähnt Tarifverträge mit diesem Inhalt aber nicht.

1083) BB 1968, 757f.

1084) Außerdem ist es nach Ansicht von HOPPE "fraglich", ob Altersgrenzen überhaupt von der Normsetzungsbefugnis des Betriebsrats erfaßt sind. Diese Befugnis besteht nach der Delegationstheorie aufgrund ihres Zwecks nur für solche Vereinbarungen, die für die Arbeitnehmer günstig sind. Altersgrenzen sind für ältere Arbeitnehmer ungünstig und für jüngere Arbeitnehmer wegen der verbesserten Aufstiegschancen günstig. HOPPE bezweifelt, ob eine Betriebsvereinbarung mit solchen Auswirkungen bezüglich der materiellen Arbeitsbedingungen zulässig ist. Gegen dieses Bedenken SCHIMANA, BB 1970, 1138 (1139).

1085) BB 1970, 1138 (1140), unter I 2 c. Siehe auch die substanzhafte Auseinandersetzung mit dem Argument der kollektivfreien Individualsphäre im BAG-Urteil vom 25.3.71, a. a. O. (Fn. 1073).

1086) TVG, § 1 Rdnr. 230

1087) AuR 1966, 129 (134f.), unter E 7

begünstigender Normen befugt[1088]. KR-HILLEBRECHT, der Altersbefristungen durch Tarifvertrag als zulässig ansieht[1089], verlangt wohl ebenfalls eine ausreichende Altersversorgung[1090], wobei er aber nicht erwähnt, daß es sich um eine betriebliche handeln müsse.

HANAU[1091] verlangt ohnehin gleichermaßen für die einzelvertragliche und die kollektive Vereinbarung von Altersgrenzen eine ausreichende betriebliche Altersversorgung.

Für die tarifvertragliche Vereinbarung einer Altersbefristung verlangt nur[1092] HANAU eine ausreichende betriebliche Altersversorgung, KR-HILLEBRECHT[1093] spricht allgemein von ausreichender Altersversorgung. WOHNSEIFER[1094], WIEDEMANN[1095], WIEDEMANN/STUMPF[1096], BÖHM[1097], SIEG[1098] und OTTE[1099] stellen diese Anforderung nicht, SCHWERDTNER[1100] lehnt sie sogar ausdrücklich ab. HANAU bezeichnet eine betriebliche Altersversorgung dann als ausreichend, wenn sie "nach etwa 35 Jah-

---

1088) Vgl. dazu Fn. 1084

1089) § 620 BGB Rdnr. 30

1090) Die diesbezügliche Äußerung von HILLEBRECHT zu Tarifverträgen (Rdnr. 29 zu § 620 BGB) gilt wohl auch für die in Rdnr. 30 behandelten Betriebsvereinbarungen.

1091) RdA 1976, 24 (26)

1092) SCHAUB (Handbuch, § 39 II 4, S. 159) bezeichnet diese Befristung als "jedenfalls" bei betrieblicher Altersversorgung zulässig, was jedoch nicht dahin zu verstehen ist, daß SCHAUB der genannten Auffassung zuneigt. Diese Formulierung trägt lediglich der Ansicht von HANAU Rechnung sowie den Entscheidungen des BAG vom 25.3.71, AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG 1952, und vom 18.7.78, BB 1978, 1718, in denen die Bedeutung der Altersversorgung ausdrücklich offen gelassen worden ist.

1093) § 620 BGB Rdnr. 29

1094) S. 60 - 65

1095) Festschr. LANGE, 1970, S. 395 (407f.), unter 3 a

1096) WIEDEMANN/STUMPF, TVG, § 1 Rdnr. 230 (Äußerung speziell zu Tarifverträgen)

1097) S. 62f.

1098) SAE 1978, 21 (22), unter 2 (Anm. zu BAG Urt. vom 21.4.77)

1099) S. 116 - 125

1100) MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 34

ren der Betriebs- oder Unternehmenszugehörigkeit eine Gesamtversorgung in Höhe von etwa 75 % des letzten Bruttoeinkommens gewährleistet"[1101]. Statt durch die betriebliche Altersversorgung könne der Arbeitgeber auch durch das Angebot einer Teilzeitbeschäftigung für die erforderliche Aufstockung des Altersruhegelds nach Vollendung des 65. Lebensjahres sorgen. Nur dann, wenn auf diese Weise den finanziellen Interessen der Arbeitnehmer Rechnung getragen sei, überwiege bei der nach § 1 II KSchG, § 75 I 2 BetrVG und Art. 12 I GG erforderlichen Interessenabwägung das Interesse des Arbeitgebers an der Befristung[1102]. Demgegenüber meint SCHWERDTNER[1103], daß die Rechtfertigung der Altersbefristung sich unabhängig von der Altersversorgung schon daraus ergebe, daß es sich um einen Verschleißtatbestand handle.

€) Stellungnahme

Bei der folgenden Stellungnahme müssen kollektive Vereinbarungen über Altersbefristungen außer Betracht bleiben, obwohl sie offenbar sehr häufig sind. Diese Beschränkung ist erforderlich, weil diese Arbeit nur die Zulässigkeit von Individualbefristungen zum Gegenstand hat und sich bei einschlägigen Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen ganz andere Probleme stellen, die hier nicht mit der gebotenen Ausführlichkeit behandelt werden könnten.

Für die Rechtfertigung von Altersbefristungen werden im wesentlichen[1104] zwei Argumente ins Feld geführt: der Altersaufbau der Belegschaft und Beweisprobleme des Arbeitgebers bei nachlassenden Fähigkeiten des Arbeitnehmers[1105].

1101) RdA 1976, 24 (30)

1102) RdA 1976, 24 (30), a. E.

1103) MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 34

1104) Außerdem wird auch die Oblichkeit häufig genannt, die jedoch m. E. nicht relevant ist, siehe oben 1. Teil C IV.

1105) Vgl. z. B. BAG Urt. vom 25.3.71, 2 AZR 185/70, AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG 1952. Diese Argumente werden auch fast durchweg in der Literatur genannt.

Der Gesichtspunkt des Altersaufbaus hat m. E. nur geringe Bedeutung. Die oft beschworenen Nachteile für die Aufstiegschancen jüngerer Arbeitnehmer und die Oberalterung der Belegschaft würden nur dann ein spürbares Ausmaß erreichen, wenn ein nennenswerter Teil der Arbeitskräfte die übliche Altersgrenze von 65 Jahren erheblich überschreiten würde. Dies ist aber nicht zu erwarten, zumal erfahrungsgemäß die weitaus meisten Arbeitnehmer sogar das vorzeitige Altersruhegeld (bei Männern ab 63. Lebensjahr, bei Frauen 60.) in Anspruch nehmen. Auch die Belange der Personalplanung werden m. E. bei weitem überbewertet. Eine exakte, "manndeckende" Personalplanung ist nämlich ohnehin nicht üblich und angesichts der Möglichkeit des vorzeitigen Altersruhegelds auch bei einer Befristung auf das 65. Lebensjahr überhaupt nicht möglich[1106].

Sehr viel schwerwiegender ist der Gesichtspunkt der Vermeidung von Streitigkeiten[1107]. Bei altersbedingt nicht mehr gegebener Qualifikation eines Arbeitnehmers können die Verschaffung der entsprechenden Nachweise und die nachfolgenden außergerichtlichen und gerichtlichen Auseinandersetzungen zu einer erheblichen Belastung des Arbeitgebers führen[1108]. Hinzu kommt, daß eine "vorbeugende" Kündigung nicht möglich ist, sondern die Beweisbeschaffungs- und Auseinandersetzungsphase erst dann beginnen kann, wenn der Arbeitnehmer bereits seinen Arbeitsplatz nicht mehr ausfüllen kann. Allein schon daraus entstehen dem Betrieb erhebliche Nachteile. Somit ist ein legitimes und starkes Interesse der Arbeitgeberseite an der Altersbefristung gegeben.

1106) Vgl. die ähnliche Stellungnahme von HANAU, RdA 1976, 24 (27f.), unter III 3, zu diesen Argumenten.

1107) Dieses Argument sieht auch MünchKomm-SCHWERDTNER (§ 620 BGB Rdnr. 33) als entscheidend an.

1108) Vgl. hierzu außer der bereits zitierten Literatur ZÖLLNER, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG personenbedingte Kündigung.

Unzutreffend[1109] ist jedoch die Ansicht von WOHNSEIFER[1110] und dem BAG[1111], daß die Altersgrenze wegen der Vermeidung von Streitigkeiten über altersbedingten Leistungsabfall und andernfalls erforderlicher Leistungskontrolle des Arbeitgebers auch im Interesse der Arbeitnehmer liege. Die Altersgrenze bietet dem Arbeitnehmer unter diesem Gesichtspunkt schon deshalb keinen Vorteil, weil er bei fehlender Altersgrenze nicht daran gehindert ist, durch Kündigung zum 65. Lebensjahr solche Auseinandersetzungen zu vermeiden. Aus "Fürsorge"[1112] für die Arbeitnehmer sollte man nicht deren Bevormundung und nachteilige Rechtsfolgen herleiten. Ebenso ist die Behauptung falsch, daß gesundheitliche Belange der Arbeitnehmer für eine solche Befristung sprächen[1113]. Bei den weiterhin arbeitswilligen Arbeitnehmern ist eher der ungeliebte und ungewohnte Ruhestand gesundheitsschädlich[1114].

Eine eventuell für eine Altersbefristung sprechende Arbeitsmarktlage - also eine angestrebte Reduzierung des Arbeitskräfteangebots durch möglichst frühen Ruhestand - könnte selbst dann nicht als Argument für die Zulässigkeit der Altersgrenze berücksichtigt werden, wenn man Befristungen aus Drittinteressen grundsätzlich zulassen würde[1115]. Dies müßte bei priva-

---

1109) So auch HANAU, RdA 1976, 24 (29), unter III 5

1110) S. 63

1111) Urt. vom 21.4.77, 2 AZR 125/76, AP Nr. 1 zu § 60 BAT

1112) In dem BAG-Urteil vom 21.4.77 (Fn. 1111) wird die Vereinbarung einer Altersgrenze als "eher fürsorglich" bezeichnet.

1113) so aber KONZEN, ZfA 1978, 501

1114) Man braucht hier nicht einmal an den viel beschworenen "Pensionierungsschock" zu denken. Die Gesundheitsnachteile eines unfreiwilligen Ruhestands ergeben sich bereits aus dem (von der Gerontologie bestätigten) Erfahrungssatz "wer rastet, der rostet". Wer über die Altersgrenze der Rentenversicherung hinaus seinen Arbeitsplatz behalten möchte, hat meist keine außerberuflichen Interessen, die einen aktiven Ruhestand ermöglichen würden.

1115) Vgl. unten III zur Befristung wegen Interessen Dritter.

ten Arbeitgebern möglicherweise schon deshalb gelten, weil für diese die Arbeitsmarktlage kein Beweggrund für Befristungen ist. Bei öffentlichen oder von der öffentlichen Hand getragenen Arbeitgebern scheidet das Arbeitsmarktargument jedenfalls deshalb aus, weil Altersbefristungen naturgemäß sehr langfristig vorgenommen werden[1116], während die Arbeitsmarktlage in kürzeren Zeiträumen umschlägt[1117].

Dem oben festgestellten legitimen Interesse des Arbeitgebers an einer Altersgrenze stehen beträchtliche gegenläufige Interessen des Arbeitnehmers gegenüber. Hierbei handelt es sich zum einen um finanzielle Interessen und zum anderen darum, daß die Erwerbstätigkeit im Mittelpunkt seiner Lebensgestaltung und Selbstverwirklichung[1118], u. U. auch seiner sozialen Beziehungen, steht. Bei dieser Ballung persönlicher und wirtschaftlicher Interessen des Arbeitnehmers vermag ich kein Oberwiegen des zugegebenermaßen starken Interesses des Arbeitgebers zu erkennen, weshalb ich die Altersbefristung nicht als ohne weiteres zulässig ansehe. Die Waagschale neigt sich aber m. E. zugunsten der Arbeitgeberseite, wenn durch eine in dem gebrauchten Sinn "ausreichende" betriebliche Altersversorgung die finanziellen Interessen des Arbeitnehmers weniger schwer-

---

1116) Im Extremfall beträgt die Laufzeit 50 Jahre, nämlich bei Einstellung mit 15 Jahren und einer Altersgrenze von 65 Jahren.

1117) Während zuletzt bis 1973 Arbeitskräftemangel mit Arbeitslosenquoten von nicht mehr als 1,2 % herrschte, besteht seit 1975 (damals 4,7 %) Arbeitslosigkeit. Für die Zeit nach 1990 ist aufgrund des Altersaufbaus der Bevölkerung wiederum mit zunehmendem Arbeitskräftemangel zu rechen (Institut für Arbeitsmarkt und Berufsforschung, siehe AR-Blattei, Aktuelle Kurzberichte Nr. 7230). Man kann also nicht aufgrund der derzeitigen Arbeitsmarktlage davon ausgehen, daß das zwangsweise Freimachen von Arbeitsplätzen für alle Zeiten im öffentlichen Interesse liegt.

1118) Vgl. ZÖLLNER, ArbR, § 2 I, S. 14

wiegend sind. Ich folge deshalb im Ergebnis[1119] der von HANAU vertretenen Ansicht, daß Altersbefristungen nur bei ausreichender betrieblicher Altersversorgung zulässig sind. Dabei müßte man konsequenterweise verlangen, daß der konkrete Arbeitnehmer aufgrund der noch verbleibenden Zeitspanne bis zu seinem 65. Lebensjahr noch eine ausreichende betriebliche Altersversorgung erlangen kann. Demnach wäre auch bei betrieblicher Altersversorgung eine Altersbefristung für solche Arbeitnehmer unzulässig, die erst wenige Jahre vor der Altersgrenze eingestellt werden und noch keine Anwartschaft auf eine betriebliche Altersversorgung "mitbringen"[1120].

Das Gegenargument von MünchKomm-SCHWERDTNER[1121] gegen die Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer betrieblichen Altersversorgung, daß Altersgrenzen ein Verschleißtatbestand seien und die Rechtfertigung sich schon allein hieraus ergebe, geht von falschen Voraussetzungen aus. Die Sachgrund-Fallgruppen sind nicht von oben nach unten, sondern von unten nach oben zu entwickeln. Auszugehen ist immer von einer Interessenabwägung für die konkrete Untergruppe[1122], hier die Altersbefristung auf das voll-

---

1119) Nicht in der Begründung. HANAU siedelt seine inhaltlich gleiche Interessenabwägung dogmatisch insbesondere bei § 1 II KSchG an, müßte also konsequenterweise bei betrieblicher Altersversorgung auch eine personenbedingte Kündigung wegen Vollendung des 65. Lebensjahres zulassen. Demgegenüber nehme ich völlig unabhängig vom KSchG, Art. 12 I GG oder anderen gesetzlichen Vorschriften die dem unbestimmten Rechtsbegriff "sachlicher Grund" wesenseigene Abwägung vor: Wie oben (1. Teil C II) ausgeführt, läßt sich die Bejahung oder Verneinung eines Sachgrunds nur im Wege der Interessenabwägung gewinnen, und wie ebenfalls oben (1. Teil C I) dargelegt, ist die sachliche Rechtfertigung nicht an Kündigungsgründe gebunden.

1120) Ein wichtiges Gegenargument ist allerdings, daß dadurch die Chancen älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt noch mehr verschlechtert werden. Jede "Vergünstigung" für bestimmte Arbeitnehmergruppen zu Lasten des Arbeitgebers ist für die Begünstigten janusköpfig.

1121) MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 34

1122) Siehe oben 1. Teil C II, insbes. unter 4. zur Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls

endete 65. Lebensjahr. Wenn mehrere solche bei der konkreten Interessenabwägung als gerechtfertigt erkannte Untergruppen, z. B. Altersgrenze und Abwechslungsbedürfnis, sich zu einer Obergruppe - bei der von SCHWERDTNER gebrauchten Einteilung "Verschleißtatbestände" - zusammenfassen lassen, so ist diese Obergruppe nur eine Arbeitserleichterung, um die für eine Befristung in Betracht kommenden Interessen herauszuarbeiten und um an einem konkreten Lebenssachverhalt rationeller prüfen zu können, ob eine Rechtfertigung der Befristung in Betracht kommt. Die Obergruppe entfaltet aber keine Rechtswirkung auf schon anerkannte oder zukünftige Untergruppen. Deshalb steht dem nichts entgegen, in Altersbefristungen zwar das zugrundeliegende Interesse "Verschleißtatbestand" zu erkennen und anzuerkennen, ein für die Rechtfertigung erforderliches Oberwiegen des Interesses über die Arbeitnehmerinteressen aber nur bei ausreichender Altersversorgung anzunehmen.

Mit der anderen von HANAU genannten Zulässigkeitsalternative, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer beim Ausscheiden eine Teilzeitbeschäftigung anbietet[1123], kann ich mich nicht anfreunden. Wenn diese Tätigkeit unter dem Niveau der bisherigen Tätigkeit liegt, so ist es dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten, seine Altersversorgung auf diese Weise zu verdienen. Betrifft der Halbtagsjob jedoch die bisher ausgeübte Tätigkeit, dann verliert die Altersbefristung zumindest teilweise ihren Sinn, denn die Probleme, die für die Anerkennung dieses Sachgrundes sprechen, können auch bei einer Teilzeitbeschäftigung auftreten.

Für die Sachgerechtigkeit von Altersbefristungen spricht auch, daß der Gesetzgeber mit seinen Beamten ebenso verfährt. Gemäß § 41 I BBG treten Beamte auf Lebenszeit mit dem Ende des Monats in den Ruhestand, in dem sie das 65. Lebensjahr vollenden[1124].

1123) RdA 1976, 24 (31), unter V

1124) Vgl. auch § 25 BRRG: Beamte auf Lebenszeit treten nach Erreichen der Altersgrenze in den Ruhestand, und die Altersgrenze ist durch Gesetz zu bestimmen.

Dieser Altersgrenze steht eine Pension in Höhe von brutto[1125] 75 % der aktiven ruhegehaltsfähigen Bezüge gegenüber. Die von HANAU und mir vertretene Auffassung entspricht also weitgehend der beamtenrechtlichen Situation.

Interessant und besonders hervorzuheben ist, daß OTTE[1126], der eine analoge Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften auf die Nichtweiterbeschäftigung bei Befristungen vertritt, das Unterlassen der Weiterbeschäftigung nach Auslaufen eines auf die Vollendung des 65. Lebensjahrs befristeten Arbeitsvertrags als zulässig ansieht, obwohl er selbst ausführt[1127], daß nach der Rechtsprechung[1128] die Oberschreitung des 65. Lebesjahres keine Kündigung rechtfertigt, und obwohl er anscheinend dieser Ansicht folgt. OTTE versucht diesen Widerspruch zwischen seinem dogmatischen Ansatz und der von ihm vertretenen Zulässigkeit der Altersbefristung mit dem Argument zu überdenken, daß die große Mehrheit der Arbeitnehmer nicht über das 65. Lebensjahr hinaus arbeiten wolle, und daß deshalb die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu diesem Zeitpunkt zumutbar und nicht sozialwidrig sei. Diese Begründung ist aber unhaltbar, da das Kündigungsschutzgesetz auf das individuelle Arbeitsverhältnis und nicht auf die Wünsche einer Mehrarbeit der Arbeitnehmer abstellt; maßgebend kann deshalb, wenn man auf die Wünsche der Arbeitnehmerseite abstellt, nur der konkrete befristet eingestellte Arbeitnehmer sein. OTTE kommt hier durch seinen dogmatischen Ansatz in unlösbare Schwierigkeiten, weil er einem praktischen Bedürfnis Geltung verschaffen will, das sich im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes nicht befriedigen läßt, und weil er ein außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes stehendes Rechtsinstitut der Befristung nicht anerkennt. Am Beispiel der Altersbefristung zeigt sich mit aller wünschenswerten Deutlichkeit, daß nicht trotz, sondern z. T. gerade we-

---

1125) Netto sogar mehr als 75 % wegen der geringeren Progressionsstufe

1126) S. 116 - 125

1127) S. 117

1128) auch nach heute weit überwiegender Meinung im Schrifttum, siehe die Nachweise bei WOHNSEIFER, S. 61, und bei HANAU, RdA 1976, 24 (26), unter III 1

gen des Kündigungsschutzes für unbefristete Arbeitsverhältnisse ein anzuerkennendes Bedürfnis für das Rechtsinstitut des befristeten Arbeitsvertrages besteht, und daß die Sachgründe nicht mit den Kündigungsgründen des Kündigungsschutzgesetzes identisch zu sein brauchen[1129].

bb) Befristung auf eine niedrigere Altersgrenze als diejenige der gesetzlichen Rentenversicherung

α) Bei Gefahr von bereits vor dem Rentenalter fehlender Qualifikation

Altersgrenzen, die aus besonderen Anforderungen des Berufes heraus niedriger als das Rentenalter der gesetzlichen Rentenversicherung sind, scheinen sehr selten zu sein.

αα) Rechtsprechung und Literatur

Rechtsprechung zu dieser Frage ist mir nicht bekannt. In der Literatur wird dieses Problem in neuerer Zeit stärker diskutiert.

WIEDEMANN[1130] äußert sich nur mit dem einen Satz, daß die Altersgrenze, auf die befristet werden kann, je nach Art der Tätigkeit herabgesetzt sein kann, beispielsweise für Piloten der zivilen Luftfahrt. Ähnlich HANAU[1148], dem zufolge in einzelnen Arbeitsbereichen, "in denen eine Beschäftigung nach Vollendung des 65. Lebensjahres oder sogar schon früher typischerweise nicht mehr möglich ist", eine entsprechende Altersgrenze festgesetzt werden kann[1149].

1129) Siehe oben 1. Teil C I

1130) Festschrift LANGE, 1970, S. 395 (407), unter a

1148) RdA 1976, 24 (31), unter V

1149) In diesem Fall verlangt HANAU keine ausreichende betriebliche Altersversorgung, während er generell - also wenn nicht das Fehlen der Qualifikation zu befürchten ist - bei einer Altersbefristung auf 65 Jahre eine solche Versorgung als Zulässigkeitsvoraussetzung ansieht.

Sehr viel umfangreicher ist die Stellungnahme von SÄCKER[1150], der eine durch Befristung vorgezogene Altersgrenze für leitende Angestellte als zulässig ansieht. Er begründet dies damit, daß leitende Angestellte unternehmerische Verantwortung nicht unerheblichen Ausmaßes tragen. Dies verlange "bestimmte physische, intellektuelle und psychische Fähigkeiten, die in einer sich immer schneller verändernden technisch-ökonomischen und sozialen Umwelt bei Oberschreitung einer bestimmten, vor dem allgemeinen Ruhestandsalter liegenden Altersgrenze typischerweise nicht mehr oder nicht mehr voll gegeben sein können". Deshalb müsse die Altersgrenze "generalpräventiv" so festgelegt werden, "daß vermieden wird, daß Alterserscheinungen und mangelnde Reaktionsflexibilität ... zu (partieller) Funktionsuntüchtigkeit des leitenden Angestellten" führen. Ferner bleibe durch die Befristung dem Arbeitnehmer "die individuelle, ihn in den Augen seiner sozialen Umwelt diskriminierende und herabsetzende Feststellung, vorzeitig gealtert zu sein, erspart". Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Befristung sei, daß "das finanzielle Interesse des Arbeitnehmers an einer Alterssicherung ausreichend gewahrt bleibt".

Als weitere Beispiele für zulässige Befristungen auf eine vorgezogene Altersgrenze nennt SÄCKER neben Piloten auch Fluglotsen, Stewardessen, Rundfunksprecher, Schauspieler, Polizeivollzugsbeamte[1151].

Volker SCHMIDT[1152] ist demgegenüber der Auffassung, daß eine Befristung von leitenden Angestellten auf einen früheren Zeitpunkt als den Ablauf des 65. Lebensjahres "grundsätzlich unzulässig ist".

1150) Die vorzeitige Beendigung der Arbeitsverträge mit leitenden Angestellten, RdA 1976, 91 (99)

1151) Polizeibeamte gehören an sich nur mittelbar in diesen Zusammenhang, da es sich hier nicht um Arbeitsverhältnisse, sondern Beamtenverhältnisse handelt. Vorgezogene Altersgrenzen bestehen auch für Berufssoldaten.

1152) Anm. AuR 1980, 319.

Ähnlich auch KR-HILLEBRECHT[1153]. HILLEBRECHT steht der Befristung auf ein früheres als das 65. Lebensjahr generell zurückhaltend gegenüber, weil sie dem Bestreben der Tarifpartner widerspricht, älteren Arbeitnehmern ihren Besitzstand zu erhalten. Er will solche Befristungen nur dann als gerechtfertigt anerkennen, "wenn die Tätigkeit nicht nur eine unverminderte körperliche und geistige Leistungsfähigkeit erfordert, sondern darüber hinaus mit besonderer Schwierigkeit und Verantwortung verbunden ist (z. B. Piloten und Fluglotsen)". Der Auffassung von SÄCKER hinsichtlich leitender Angestellter hält er die Bedeutung der Berufserfahrung entgegen, weshalb für diese Berufsgruppe eine vorgezogene vertragliche Altersgrenze nicht allgemein, sondern allenfalls im Einzelfall sachlich gerechtfertigt sei.

ZÖLLNER[1154] hat gegen die Befristung auf ein früheres als das 65. Lebensjahr "erhebliche Bedenken, soweit nicht nach der Natur des Arbeitsverhältnisses typischerweise in einem früheren Zeitpunkt ein Ausscheiden nötig wird".

Von OLENHUSEN[1155] sieht im Bereich der Fernsehanstalten Befristungen auf ein bestimmtes Alter der Sprecher und Ansagerinnen als unzulässig an. HILLEBRECHT[1156] stimmt dem zu.

ßß) Stellungnahme

M. E. sind bei dieser Fallgruppe strenge Anforderungen zu stellen, weil die Befürchtung eines bloßen Nachlassens der Leistungsfähigkeit eine Befristung nicht rechtfertigt[1157]. Zu fordern ist, daß ab dem Auslaufen des Vertrages das Fehlen ei-

---

1153) § 620 BGB Rdnr. 189f.
1154) Gutachten 52. DJT, S. D 124
1155) UFITA 1976, 43 - 48
1156) KR § 620 BGB Rdnr. 200
1157) Siehe hierzu sogleich unter ß

ner ausreichenden Qualifikation zu befürchten ist. Nur dann ist dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung über dieses Alter hinaus nicht zumutbar und die Befristung deshalb gerechtfertigt. Es genügt also für die Zulässigkeit nicht, wenn zwar nachlassende Leistung zu erwarten ist, jedoch diese erwartete verringerte Leistung noch ausreicht, den Arbeitsplatz auszufüllen.

Es versteht sich von selbst, daß in diesem Zusammenhang die bei Piloten und Fluglotsen bestehenden Sicherheitsgesichtspunkte besonderes Gewicht haben. Bei Piloten tritt ein ganz eindeutiger Verlust der Qualifikation dadurch ein, daß der Verkehrspilotenschein ab einem bestimmten Lebensalter automatisch ungültig wird.

Von Rundfunksprechern und Schauspielern, die von SÄCKER als Beispiele genannt werden, sind mir keine Befristungen auf vorgezogene Altersgrenzen bekannt[1158].

Bei Stewardessen ist eine Altersbefristung üblich, jedoch ist die Rechtmäßigkeit nicht unproblematisch. Aus der Tätigkeit selbst wird man keine ausreichenden Gründe herleiten können. Beispielsweise dürften die ständig erforderlichen körperlichen Anpassungen an Klimaänderungen und Zeitverschiebungen auch bis zum normalen Rentenalter keine wesentlich größeren Schwierigkeiten machen als bei Dreißigjährigen. Der Befristungsgrund besteht deshalb offenbar darin, daß möglichst attraktive und jugendliche Stewardessen ein wesentlicher Bestandteil des Wettbewerbs zwischen den Fluggesellschaften sind, und daß deutsche

---

1158) Siehe aber unten b ß zur Befristung von Rundfunksprechern wegen der Gefahr des Aktualitätsverlusts von Kenntnissen und unten c α zur Befristung von Schauspielern wegen des Abwechslungsbedürfnisses des Publikums. Wahrscheinlich meint SÄCKER diese anderen Fallgruppen der "Verschleißtatbestände", obwohl er ganz unmißverständlich von Altersgrenzen spricht.

Fluggesellschaften ohne solche vorgezogenen Altersgrenzen in diesem Punkt ins Hintertreffen geraten würden. Ob dieser internationale Konkurrenzgesichtspunkt für eine Befristung ausreicht, hängt von der Stärke des Interesses der Arbeitgeberseite ab, also davon, wie stark die Marktanteile von der Jugendlichkeit der Stewardessen abhängen.

Bezüglich leitender Angestellter[1159] kann ich SÄCKER im Ergebnis nicht folgen. Zutreffend ist allerdings, daß eine vorgezogene Altersgrenze zulässig wäre, wenn tatsächlich vorzeitig eine altersbedingte "partielle Funktionsuntüchtigkeit" zu befürchten wäre. Man weiß aber heute, daß die geistige Leistungsfähigkeit bis zum 60. Lebensjahr nicht nur erhalten bleibt, sondern noch ansteigt[1160]. Hinzu kommt der von HILLE-

---

1159) Zur Befristung leitender Angestellter vgl. auch oben 1. Teil B III 5 a

1160) KROEBER-KENETH, Menschenkunde, 1977, S. 68 - 133. Es ist ohnehin eine Erfahrungstatsache, daß nichts die geistige Leistungsfähigkeit besser erhält als ständige Inanspruchnahme dieser Leistungsfähigkeit. Auch deshalb ist schwer vorstellbar, daß die ständig geistig geforderten Leitenden vor dem 65. Lebensjahr nennenswert "abbauen".

Vgl. auch bei HANAU, RdA 1976, 24 (27), unter III 2 b, die ausführlichen Zitate aus Veröffentlichungen der Arbeitswissenschaftlerin Ursula LEHR über die einschlägigen Erkenntnisse der Arbeitswissenschaft. HANAU weist auch (S. 26, unter III 2 a) darauf hin, daß für Richter auf Lebenszeit an den obersten Gerichtshöfen und für ordentliche und außerordentliche Professoren eine auf die Vollendung des 68. Lebensjahrs hinausgeschobene Altersgrenze besteht, die auch meist ausgeschöpft werde, und daß für Ärzte, Rechtsanwälte und andere freie Berufe keine Altersgrenze besteht.

Vgl. ferner die Äußerung von Hans SCHAEFER (Direktor des physiologischen Instituts der Universität Heidelberg), daß durch die monographischen Darstellungen von Lehr und Thews klargestellt sei, "daß von einer Minderwertigkeit der Leistung älterer Arbeitnehmer schlechterdings nicht gesprochen werden kann" (Zeitschrift für Gerontologie 1975, 258)

BRECHT angesprochene Aspekt der Berufserfahrung. Nach alledem ist es unwahrscheinlich, daß ein Fünfundsechzigjähriger altersbedingt für eine Tätigkeit "funktionsuntüchtig" ist, die man etwa einem Fünfzigjährigen bedenkenlos anvertrauen würde, obwohl dieser seine höchste geistige Leistungsfähigkeit i. d. R. noch gar nicht erreicht hat. Insofern liegt mein Dissens gegenüber SÄCKER also nicht auf rechtlichem, sondern auf tatsächlichem Gebiet. Hinzu kommt, daß man selbst dann, wenn man das geistige Leistungsvermögen älterer "Leitender" skeptischer einschätzt, nicht diese ganze Gruppe - beispielsweise Spitzenmanager, untergeordnete Angehörige von Stäben, mehr technisch orientierte Leitende wie z. B. Obersteiger in Bergwerken - über den gleichen Kamm scheren kann.

Eine vorgezogene Altersgrenze kommt weniger bei geistigen Berufen in Betracht als vielmehr bei Tätigkeiten, die besondere Anforderungen an die früher sich verschlechternden körperlichen Fähigkeiten stellen. Hierzu sind die vorgezogenen - allerdings keine Arbeitsverhältnisse betreffenden - vorgezogenen Altersgrenzen für Polizeibeamte und Berufssoldaten zu nennen. Aus dem Bereich der Arbeitsverhältnisse können Striptease- und Schönheitstänzerinnen als Beispiele für eine aus "körperlichen" Gründen zulässige vorgezogene Altersbefristung genannt werden.

Ein noch ungelöstes Problem bei vorgezogenen Altersgrenzen sind die Anforderungen an die Altersversorgung. WIEDEMANN erwähnt die Altersversorgung nicht. HANAU verlangt bei der hier besprochenen Fallgruppe keine betriebliche Altersversorgung[1161]. SÄCKER stellt bei Leitenden die Anforderung, daß "das finanzielle Interesse ... an einer Altersversorgung ausreichend gewahrt

---

1161) RdA 1976, 24 (31). HANAU betrachtet das ab der Altersgrenze zu erwartende Entfallen der Qualifikation als eine selbständige Zulässigkeitsalternative neben der Fallgruppe, daß bei nicht zu erwartendem Qualifikationsverlust eine Altersgrenze von 65 Jahren festgesetzt wird und eine ausreichende Altersversorgung besteht.

bleibt", präzisiert das aber nicht. Soll jegliche ab dem Ausscheiden fällig werdende betriebliche Altersversorgung ausreichen? Oder ist etwa eine Versorgung von 75 % der letzten Bruttobezüge zu fordern? Die Altersrente der gesetzlichen Rentenversicherung, die auch bei Leitenden die Hauptsäule der Altersversorgung darstellt, wird auch bei vorzeitig auslaufender Befristung frühestens ab Vollendung des 60. Lebensjahres fällig[1162]. Diese Probleme stellen sich in einem nochmals anderen Licht bei sehr niedrigen Altersgrenzen, etwa bei Stewardessen oder Schönheitstänzerinnen. Es verbietet sich von selbst, bei einer etwa mit dreißig Lebensjahren altersbedingt ausscheidenden Arbeitnehmerin zu verlangen, daß bereits für den Rest ihres Lebens ausreichende Versorgungsansprüche bestehen müssen. Mit einer solchen Anforderung an die Rechtmässigkeit der Befristung wären solche Zeitverträge de facto verboten.

Zu dem Vorschlag de lege ferenda der Arbeitsgesetzbuchkommission (§ 110 III des Entwurfs) siehe ZÖLLNER[1163] mit zu Recht ablehnender Stellungnahme zu dieser allzu komplizierten Regelung.

ß) Bei Gefahr von bereits vor dem Rentenalter nachlassender Qualifikation

Die Gefahr, daß die erforderliche Qualifikation bereits vor dem allgemeinen Rentenalter altersbedingt fehlt, wird nur in ganz wenigen Berufen mit sehr hohen Anforderungen (insbesondere an

---

1162) Bei Männern Altersruhegeld bei Arbeitslosigkeit, das einjährige, weiterhin bestehende Arbeitslosigkeit und Vollendung des 60. Lebensjahrs voraussetzt. Bei Frauen besteht mit 60 Jahren schon Anspruch auf das "normale" vorzeitige Altersruhegeld (flexible Altersgrenze). Bei Männern setzt die flexible Altersgrenze mit 63 Jahren ein.

1163) Gutachten 52. DJT, S. D 125

die körperliche Leistungsfähigkeit) bestehen. Jedoch wird in nicht wenigen Berufen[1164] zu erwarten sein, daß die Befähigung für die betreffende Tätigkeit noch vor dem 65. Lebensjahr altersbedingt nachläßt, obwohl der Arbeitnehmer durchaus noch für diese Arbeit qualifiziert ist. Es fragt sich, ob eine Befristung auch wegen einer solchen zu erwartenden bloßen Verringerung der Qualifikation gerechtfertigt sein kann.

αα) Rechtsprechung

Eine Befristung wegen höheren Lebensalters des Arbeitnehmers und der daraus abgeleiteten Befürchtung, daß dessen Leistungsfähigkeit bald nachlassen könnte, ist einer kurzen Passage in einem BAG-Urteil[1165] zufolge grundsätzlich nicht zulässig[1166].

ββ) Literatur

In der Literatur finden sich nur zwei Stellungnahmen zu dieser Frage. Volker SCHMIDT[1167] lehnt eine Befristung wegen altersbedingter Verringerung der Leistungsfähigkeit ab, weil sonst ein Widerspruch dazu bestünde, daß nachlassende Leistungsfähigkeit für sich allein keinen Kündigungsgrund darstellt[1168].

1164) Nicht hierzu gehören Berufe, bei denen die im Laufe des Arbeitslebens erworbenen Erfahrungen oder Kenntnisse eine große Rolle spielen, also Berufe, bei denen man durch die Berufstätigkeit selbst laufend hinzulernt. Ein Extrembeispiel ist der Beruf des Wissenschaftlers.

1165) vom 5.3.70, 2 AZR 175/69, AP Nr. 34 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2

1166) Der erkennende Senat scheint aber geneigt zu sein, die Befristung dann zuzulassen, wenn konkrete Umstände erwarten lassen, daß der Arbeitnehmer nach Fristablauf altersbedingt nicht mehr den Anforderungen entsprechen wird. Unter solchen Umständen ist aber die soeben unter α besprochene Fallgruppe einschlägig.

1167) Anm. zu BAG AuR 1980, 317 (319)

1168) STAHLHACKE, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 118

WIEDEMANN führt bei seinen Erörterungen zur Befristung auf eine Altersgrenze en passant aus, es könne "nicht erlaubt sein, Verträge mit dem 50. Lebensjahr auslaufen zu lassen, nur um die Bezahlung älterer Arbeitnehmer zu ersparen"[1169].

ββ) Stellungnahme

Die Befürchtung altersbedingt nachlassender Leistungsfähigkeit kann schon deshalb nicht generell als Sachgrund akzeptiert werden, weil das einer schrankenlosen Zulässigkeit von Altersbefristungen für zumindest einen großen Teil der Arbeitnehmer gleichkäme. Ferner ist es jedenfalls bei mittleren und größeren Betrieben dem Arbeitgeber zuzumuten, einen gewissen Anteil von altersbedingt nicht optimal leistungsfähigen Arbeitnehmern "mitzuziehen". Demnach überwiegt bei nicht altersbedingt völlig entfallender Eignung des Arbeitnehmers dessen Interesse an unbefristeter Beschäftigung, zumal dieser nach Auslaufen eines solchen Fristvertrages gerade wegen seines Alters wohl kaum eine gleichwertige Beschäftigung finden würde"[1170].

b) Gefahr des Aktualitätsverlustes von Kenntnissen

Eine Auswechslung des Arbeitnehmers kann nicht nur wegen dessen Alter, sondern auch deshalb erforderlich sein, weil in manchen Fällen nach einer bestimmten Dauer der Tätigkeit ein Aktualitätsverlust oder ein Verlernen von Kenntnissen oder Fähigkeiten

---

1169) Festschr. LANGE, 1970, S. 395 (408)

1170) Dieses Argument ist m. E. auch in dem rein theoretischen Fall gültig, daß dem Arbeitnehmer bereits ausreichende Versorgungsansprüche zustehen, obwohl er das allgemeine Rentenalter noch nicht erreicht hat. Die Interessenabwägung darf nämlich nicht auf die rein materielle Seite verkürzt werden, wenn auch die materiellen Gesichtspunkte von besonderem Gewicht sind.

des Arbeitnehmers zu befürchten ist. Ein Bedürfnis dafür, in solchen Fällen das Arbeitsverhältnis durch Fristablauf zu beenden, besteht deshalb, weil ein solcher Aktualitätsverlust kaum nachzuweisen, aber in manchen Berufen doch in aller Regel[1171] vorhanden ist. Dieser Gesichtspunkt kommt insbesondere bei Lektoren und im Medienbereich als Sachgrund in Betracht.

aa) Lektoren

Mit Lektoren sind hier nicht Verlagslektoren gemeint, sondern die an den Universitäten zur Vermittlung von Fremdsprachen beschäftigten Lektoren[1172]. Meist wird verlangt, daß der Lektor Ausländer sein muß, und daß die betreffende Fremdsprache seine Muttersprache ist[1173]. Lektoren werden i. d. R. befristet beschäftigt[1174]. Die Befristung wird damit begründet, daß nach einer der Befristungsdauer entsprechenden Zeit nicht mehr gewährleistet sei, "daß die Studenten jeweils über die neueste sprachliche, politische, kulturelle und soziale Entwicklung eines Sprachraumes unterrichtet werden"[1175].

1171) Eine Ausnahme von dieser Regel kann beispielsweise dann vorliegen, wenn ein Lektor oder für ein fremdes Land zuständiger Redakteur durch häufige Aufenthalte in dem von ihm zu betreuenden Land in ausreichendem Kontakt zu den aktuellen Veränderungen bleibt. (In diesem Punkt ist allerdings das BAG im Urteil vom 25.1.73, 2 AZR 158/72, AP Nr. 37 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, möglicherweise anderer Meinung: Nach den Ausführungen unter II 1 b der Gründe soll "ein gelegentlicher Urlaub ... die durch das Leben in dem Land selbst entstehende Bindung nicht ersetzen können".)

1172) Es handelt sich zwar um eine Angestelltentätigkeit im öffentlichen Dienst, jedoch ist gem. § 3 g BAT dieser Tarif auf Lektoren nicht anwendbar.

1173) So die Sollvorschrift des § 77 II 1 Universitätsgesetz Bad.-Württ.

1174) Vgl. z. B. § 77 II 2 UG Bad.-Württ.: "Die Dauer des Arbeitsverhältnisses" von Lektoren "soll in der Regel 4 Jahre nicht überschreiten".

1175) Richtlinien der Zentralen Verwaltung der Universität Tübingen für Befristungen (nicht veröff.)

d) Rechtsprechung

Bisher sind nur zwei BAG-Urteile zu Fristverträgen mit Lektoren ergangen.

Im ersten Urteil[1176] hat das BAG die genannten Argumente für eine Befristung nicht ohne weiteres anerkannt, sondern den Rechtsstreit zurückverwiesen und darauf hingewiesen, daß auch Deutsche (z. B. Studienräte im Hochschuldienst) als (beamtete) Lektoren verwendet werden, und daß auch eine Beschäftigung auf Dauer möglich ist. Offensichtlich genüge es, daß der Lektor - sei er Deutscher oder Ausländer - irgendwann eine hinreichend lange Zeit in dem Land gelebt habe, dessen Sprache er lehren soll[1177]. Es sei "unzulässig, es ohne feste Regel, die für die Beteiligten durchschaubar sein muß, dem Zufall zu überlassen, welcher Lektor auf Zeit und welcher Lektor auf Dauer beschäftigt wird oder gar jeden Lektor nur auf Zeit zu verwenden"[1178].

Im zweiten Urteil[1179] hat das BAG einen Sachgrund verneint, weil der Lektor nach bereits vorangegangenem zweijährigem Aufenthalt außerhalb seines Herkunftslandes fünf Jahre befristet worden war, weshalb seine Kenntnisse nach Ansicht des Gerichts ohnehin nicht mehr aktuell waren, und weil seine Aufgabe im wesentlichen nur in der Vermittlung von Basiskenntnissen bestand. Der Senat stimmt der Vorinstanz aber darin zu, daß ein Sachgrund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses eines Lektors besteht, wenn dieser "aktualitätsbezogenen Unterricht in seiner Heimatsprache speziell hinsichtlich moderner Sprachentwicklung unter Einbeziehung aktueller landeskundlicher Be-

---

1176) Urt. vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, unter II 3 und 4, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1177) Bei dieser Feststellung stützt sich der Senat auf die für beamtete Lektoren geltende nordrheinwestfälische Lektorenordnung vom 6.12.1966, abgedruckt in: Hochschulverwaltung in NRW, S. 216.

1178) a. a. O. (Fn. 1176), unter II 4 a, a. E.

1179) BAG Urt. vom 19.8.81, 7 AZR 280/79, AuR 1981, 317

züge zu erteilen hat. Denn dann besteht die Möglichkeit, daß nach einer bestimmten Dauer der Abwesenheit von seinem Heimatland die Fähigkeit nachläßt oder ganz wegfällt, derartigen aktualitätsbezogenen Unterricht zu erteilen".

Das LAG München hat 1978[1180] die Befristung eines Lektors für Englisch u. a. deshalb als unzulässig angesehen, weil an dem betreffenden Institut Lektoren auch unbefristet beschäftigt wurden und es kein festes, durchschaubares System für die befristete oder unbefristete Beschäftigung gab[1181]. Ein Sachgrund sei außerdem deshalb nicht gegeben, weil der Arbeitgeber keine für einen Aktualitätsverlust sprechenden Tatsachen nennen konnte. Es gebe keinen Erfahrungssatz, "daß ausländische Lektoren für neuere Sprachen ... nach einer gewissen Aufenthaltsdauer in Deutschland keinen aktualitätsbezogenen Unterricht in ihrer Heimatsprache mehr erteilen könnten"[1182].

ß) Literatur

BARWASSER[1183] will Fristverträge mit Lektoren nur dann zulassen, wenn die Tätigkeit im Einzelfall auch die wissenschaftliche Weiterbildung fördert, und auch dann nur eine einmalige Befristung, die nicht "jahrelang" dauern dürfe. Demnach anerkennt BARWASSER für Lektoren offenbar nicht den hier diskutierten Sachgrund, sondern nur eine Befristung wegen Fortbildungszwecks.

KOCH[1184] vertritt die Ansicht, daß befristete Arbeitsverhältnisse mit Lektoren "nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein dürften". Da er hierzu BARWASSER zitiert, ist zu vermuten, daß er ebenfalls an "Weiterbildungszweck" denkt.

1180) Urt. vom 23.8.78, 3 (4) Sa 300/77, Veröffentlichungen der KMK, Sonderheft 1, S. 194

1181) Unter 7. der Gründe, a. a. O. S. 198

1182) Unter 5. der Gründe, a. a. O. S. 197

1183) DB 1977, 1944 (1946), unter VI

1184) BB 1978, 1218 (1222), unter 4.4

OTTE[1185] schließt daraus, daß § 7 der Lektorenordnung in Nordrhein-Westfalen die Ernennung von Lektoren als Beamte auf Lebenszeit vorsieht, daß für Befristungen normalerweise kein Bedürfnis bestehe. Zeitverträge will er nur bei besonderen Umständen zulassen, z. B. für das "einmalige Zusatzangebot einer exotischen Sprache".

JOBS/BADER[1186] anerkennen grundsätzlich einen Befristungsgrund bei jenem Teil der Lektoren, der aktuelle Kenntnisse und Erfahrungen aus dem jeweiligen Land haben muß. Sie bezeichnen es jedoch als Frage des Einzelfalls, ob das Aktualitätserfordernis so wichtig ist, daß der jeweilige Lektor nach einer bestimmten Zeit ausscheiden muß, oder ob ein regelmäßiger Aufenthalt in den Semesterferien im Heimatland ausreicht.

Demnach wird in der Literatur ein selbständiger Sachgrund für Lektoren überwiegend nicht anerkannt.

γ) Stellungnahme

Daß beim Vorliegen des Sachgrundes "Fortbildungszweck" auch Lektoren befristet werden dürfen, ist selbstverständlich[1187]. Allerdings wird dieser Sachgrund möglicherweise selten eingreifen, da die Lehrtätigkeit in einer Fremdsprache für denjenigen, für den diese Sprache Muttersprache ist, kaum einen Fortbildungseffekt haben kann. Die Fortbildungsmöglichkeit kann also nur außerhalb der Unterrichtstätigkeit liegen, insbesondere in eigener wissenschaftlicher Tätigkeit während der Dienstzeit.

1185) S. 185

1186) DB Beilage 21/1981, unter III 2 c bb, S. 7

1187) Nicht unumstritten ist allerdings, ob ein Fortbildungszweck bei Lektoren bestehen kann.

Auch die von OTTE eingeräumte Ausnahme ist kein selbständiger Befristungsgrund, sondern nur ein Beispiel für den Sachgrund "einmalige Arbeitsaufgabe"[1188].

M. E. ist jedoch darüber hinaus ein Sachgrund bei nachlassender Aktualität der Kenntnisse, also ein "Verschleißgrund", grundsätzlich anzuerkennen. Mit diesem Gesichtspunkt setzen sich die Stellungnahmen in der Literatur überhaupt nicht auseinander. Der Anerkennung des Gesichtspunkts des Aktualitätsverlustes steht nicht entgegen, daß es auch "Lektoren auf Lebenszeit" gibt. Offenbar sehen die Universitäten es als ausreichend an, daß jedenfalls ein gewisser Prozentsatz der Lektoren "die neueste sprachliche, politische, kulturelle und soziale Entwicklung eines Sprachraumes" vermitteln kann. Bei Lektoren, die diese aktualitätsbezogene Funktion[1189] haben, muß eine Befristung zulässig sein. Das LAG München ist hier m. E. zu restriktiv. Das Urteil des 7. Senats des BAG nennt insofern zu enge Voraussetzungen, als es nur auf die Erteilung von Unterricht und nicht auch auf - ebenfalls denkbare, wenn auch weniger häufige - Forschungszwecke abstellt. Den Prozentsatz der "aktuellen" Lektoren und der "Dauerlektoren" festzusetzen, wird man i. d. R. den Universitäten überlassen müssen, die allein die nötige Sachnähe und Kompetenz haben, um diese Frage zu entscheiden. Das heißt natürlich nicht, daß eine Befristung von Lektoren völlig nach Belieben zulässig ist. Eine mit dem Verschleißgesichtspunkt begründete Befristung ist insbesondere dann bedenklich, wenn die Kenntnisse des Lektors bei Einstellung ohnehin nicht mehr aktuell waren[1190], etwa wenn der Lektor unmittelbar vor der Einstellung bereits die Höchstzahl von Jahren an einer anderen deutschen Universität beschäftigt war.

1188) Zu diesem Sachgrund siehe oben 1 c aa. Ein anderes Beispiel einer einmaligen Arbeitsaufgabe für Lektoren ist ein zeitlich begrenztes Forschungsvorhaben über eine Sprache.

1189) Keine aktualitätsbezogene Funktion besteht, falls der Lektor ausschließlich mit sprachdidaktischen Aufgaben betraut werden soll, vgl. das BAG-Urteil vom 19.8.81 (Fn. 1179).

1190) Darauf stellt auch das BAG-Urteil vom 19.8.81, a. a. O. (Fn. 1179), ab: Bei seiner Einstellung hatte der Lektor bereits zwei Jahre außerhalb seines Herkunftslandes gelebt, zum Zeitpunkt der Verlängerung des Fristvertrages waren es fünf Jahre.

In der Praxis Schwierigkeiten machen dürfte die Anforderung des BAG-Urteils von 1973, daß eine feste, für die Beteiligten durchschaubare Regel dafür bestehen müsse, welcher Lektor auf Zeit und welcher Lektor auf Dauer beschäftigt wird. Denkbar wäre, hier nach dem Einsatzgebiet des Lektors zu differenzieren. Beispielsweise dürfte es sachgerecht sein, für Forschungszwecke nur "aktuelle", also befristete Lektoren einzustellen. Diese Regel allein wird aber nicht ausreichen, um den Anforderungen des BAG Genüge zu tun.

bb) Medienbereich[1191)]

α) Rechtsprechung

Drei BAG-Urteile befassen sich mit Befristungen im Medienbereich, die wegen der Befürchtung eines Aktualitätsverlusts von Kenntnissen vorgenommen worden waren.

Der 2. Senat hat in einem Urteil vom 25.1.1973[1192)] die Befristung eines Auslandsredakteurs des Rundfunks als zulässig angesehen, weil das Vertrautsein mit dem jeweiligen Land auf die Dauer nicht erhalten bleiben könne, wenn der Redakteur in diesem Land längere Zeit nicht mehr gelebt hat[1193)].

In zwei Urteilen, die jeweils einen bei einer Rundfunkanstalt beschäftigten Sprecher und Obersetzer betreffen, hat der 5. Senat des BAG gegensätzlich entschieden. Am 3.10.1975[1194)] hat das Gericht die Begründung des Arbeitgebers nicht anerkannt, daß der für ein fremdpsrachiges Sendegebiet eingesetzte ausländische Arbeitnehmer nach einiger Zeit abgelöst werden müsse,

---

1191) Zur Befristung im Medienbereich wegen Abwechslungsbedürfnisses siehe unten 3 c.

1192) 2 AZR 158/72, AP Nr. 37 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1193) Unter II 1 b der Gründe

1194) Urt. vom 30.10.75, 5 AZR 162/74, unter III, AP Nr. 15 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 3R

weil er allmählich die Verbindung zum Leben und zur Sprache des Mutterlandes verliere und damit zu einer dem Hörerempfinden entsprechenden Obersetzung nicht mehr qualifiziert sei. Der 5. Senat hat dem entgegengehalten, daß es sich bei der Tätigkeit als Sprecher und Obersetzer anders als bei der vom 2. Senat beurteilten Arbeit eines Auslandsredakteurs um Routinearbeit handle, bei der es im wesentlichen auf die Sprachkenntnisse ankomme. Diese blieben aber auch durch jahrelange Abwesenheit von der Heimat unberührt, weshalb ein Sachgrund zu verneinen sei. Demgegenüber hat der 5. Senat in einer ebenfalls einen bei einer Rundfunkanstalt beschäftigten Sprecher und Obersetzer betreffenden Entscheidung vom 30.11.1977[1195] eingeräumt, die Besorgnis, dessen Wortschatz könne im Laufe der Zeit an Aktualität verlieren, könne "zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses im allgemeinen eine Befristung rechtfertigen"[1196]. Jedoch könne sich der Sender nach achtjähriger Tätigkeit "auf eine solche lediglich abstrakte und durch keine auf den Kläger bezogene Tatsachen belegte Besorgnis als Rechtfertigungsgrund nicht mehr berufen".

Nach diesen Urteilen anerkennt das BAG jedenfalls grundsätzlich die Befürchtung eines Aktualitätsverlustes von Kenntnissen als Sachgrund.

Nicht in diesem Zusammenhang einschlägig ist ein am 9.11.1977 ergangenes Urteil des 5. Senats[1197], obwohl es ebenfalls einen Rundfunkbeschäftigten betrifft, nämlich einen Auslandskorrespondenten des Norddeutschen Rundfunks in Singapur. Der Senat anerkennt zwar ein Auswechslungsbedürfnis, damit unterschiedliche Meinungen und Standpunkte zur Geltung kämen, verneint aber einen Sachgrund, weil diesem Bedürfnis auch durch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit Versetzungsbefugnis

---

1195) 5 AZR 561/76, AP Nr. 44 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1196) Leitsatz 1 und unter 2 a der Gründe

1197) 5 AZR 388/76, AP Nr. 43 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

Rechnung getragen werden könne. Dieser Fall unterscheidet sich von der hier behandelten Fallgruppe dadurch, daß der Arbeitnehmer keine auf das einzelne Land bezogenen speziellen Kenntnisse benötigte, etwa Beherrschung der Landessprache. Der Auswechslungswunsch beruht deshalb nicht auf der Befürchtung eines Aktualitätsverlustes, sondern auf einem Abwechslungsbedürfnis ähnlich demjenigen bei Künstlern.

ß) Literatur

Nach Ansicht von WIEDEMANN[1198] ist eine Befristung gerechtfertigt, wenn ein Ausländer ständig Reportagen über sein Heimatland erstellen soll. Nach Ablauf einiger Zeit sei eine Ablösung durch einen anderen Reporter erforderlich, "der die jüngste Entwicklung aus eigener Anschauung erlebt hat und deshalb überzeugend darüber berichten kann". BEUTHIEN[1199] nennt aktuelle Kenntnisse und Erfahrungen als Sachgründe im Medienbereich. Nach KOCH[1200] kann die "Abnahme eines besonderen Qualifikationsmerkmals während der Tätigkeit" eine Befristung rechtfertigen. KR-HILLEBRECHT anerkennt grundsätzlich "personenbedingte Verschleißtatbestände" im Medienbereich, begrüßt jedoch die Einschränkungen der Verschleißtatbestände durch die oben referierten Urteile des 5. Senats vom 30.10.1975 und vom 30.11.1977[1201].

Demgegenüber lehnt BIRK[1202] in seiner Anmerkung zu dem BAG-Urteil von 1973 diese Entscheidung ab. Ein Erfahrungssatz dahingehend, daß dem Arbeitnehmer die besonderen Fähigkeiten nach einiger Zeit verlorengehen, bestünde nicht. Die Auffas-

---

1198) Anm. I zu BAG AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter I 2. WIEDEMANN ordnet eine solche Reportertätigkeit allerdings dem "künstlerischen Bereich" zu, was nicht dem üblichen Sprachgebrauch entspricht.

1199) RdA 1978, 2 (8)

1200) BB 1978, 1218 (1222), unter 4.3

1201) KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 193. HILLEBRECHT erwähnt nicht, daß das letztere Urteil hinsichtlich der Befristungsmöglichkeit bei fremdsprachigen Sprechern und Obersetzern im Gegensatz zu dem erstgenannten Urteil steht.

1202) Anm. zu BAG AP Nr. 37 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

sung des BAG führe zu einer Art "Dauerprobearbeitsverhältnis", wie dieser vom BAG entschiedene Fall zeige, in dem es zu drei Verlängerungen und einer insgesamt fast sechsjährigen Befristungsdauer gekommen war.

OTTE[1203] muß wegen seines dogmatischen Lösungsansatzes der Analogie zum Kündigungsschutzgesetz die Nichtweiterbeschäftigung nach Auslaufen eines wegen "Verschleißtatbestandes" befristeten Vertrages als unzulässig ansehen, weil für eine personenbedingte Kündigung der Nachweis der fehlenden Eignung des konkreten Arbeitnehmers erforderlich wäre.

γ) Stellungnahme

Ein dringendes Bedürfnis für Befristungen im Medienbereich bei drohendem Aktualitätsverlust von Kenntnissen ist m. E. gegeben: Es ist für den Arbeitgeber in den meisten Fällen praktisch unmöglich, nachzuweisen, daß die Kenntnisse und Erfahrungen eines Arbeitnehmers nicht mehr dem in einem anderen Land bestehenden neuesten Stand entsprechen, weil es hier oft um subtile und u. U. sogar subjektive Zwischentöne geht, die nicht "prüfbar" sind. Andererseits ist BIRK darin zuzustimmen, daß es nicht zu einem "Dauerprobearbeitsverhältnis" kommen darf. Es hieße jedoch, das Kind mit dem Bade auszuschütten, wenn man deshalb Befristungen bei dieser Fallgruppe überhaupt nicht zulassen würde. Der Hebel muß bei der Verkettung, also bei der sachlichen Rechtfertigung der Dauer des einzelnen Fristvertrages, angesetzt werden. Der erste Fristvertrag, der nicht lediglich ein befristetes Probearbeitsverhältnis begründet, muß bereits eine Laufzeit haben, nach deren Ablauf eine nicht mehr ausreichende Aktualität der Kenntnisse nach aller Erfahrung zu erwarten ist. Ein sich anschließender weiterer Zeitvertrag ist möglich bei inzwischen eingetretenen Tatsachen, von denen beim vorangegangenen Vertragsabschluß nicht ausge-

---

1203) S. 125ff.

gangen werden konnte, etwa bei längeren Aufenthalten des Arbeitnehmers in seinem Heimatland, über das er aktuell berichten können soll.

Demnach ist die Begründung des BAG-Urteils in dem zweiten Rundfunksprecher-Fall[1204] insoweit verfehlt, als der Senat ausführt, daß nach langjähriger (im entschiedenen Fall acht Jahre) Beschäftigung die abstrakte Besorgnis nachlassender Befähigung nicht mehr ausreichend sei. Es liegt in der Natur dieses Sachgrundes, daß das Nachlassen der Qualifikation durch Aktualitätsverlust erst nach langjähriger Beschäftigung eintreten kann. Die Ansicht des BAG führt deshalb dazu, daß Befristungen aus dem hier diskutierten Sachgrund sinnlos sind. Die entsprechende Besorgnis wird auch mit zunehmender Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht geringer, sondern größer. In derartigen Fällen ist nicht eine lange Gesamtdauer der befristeten Beschäftigung ungerechtfertigt, sondern ein Stückelung dieser langen Zeit in zahlreiche aneinander anschließende Fristverträge von jeweils kurzer Dauer[1205]. Zutreffend wäre es deshalb gewesen, die Befristung mit der Begründung als unwirksam anzusehen, daß die Laufzeit der einzelnen Verträge zu kurz und damit unzulässig war.

3. Abwechslungsbedürfnis

a) Künstler

aa) Fallgruppen und Begriff

Bei manchen künstlerischen Tätigkeiten ergibt sich ein Bedürfnis für Befristungen aus dem Abwechslungsbedürfnis des Publi-

---

1204) Urt. vom 30.11.77, 5 AZR 561/76, AP Nr. 44 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1205) Im Fall des Rundfunkauslandsredakteurs (BAG Urt. vom 25.1.73, 2 AZR 158/72, AP Nr. 37 zu § 620 Befristeter Arbeitsvertrag) wurden fünf Fristverträge mit einer Gesamtlaufzeit von vier Jahren abgeschlossen. Das BAG hat diese Befristungen als rechtmäßig akzeptiert. Allerdings spielte auch ein arbeitsvertraglich in Bezug genommener Tarifvertrag mit.

kums. Dabei kann sich das Abwechslungsbedürfnis darauf beziehen, daß andersartige Darbietungen gewünscht werden, z. B. im neuen Programm eines Variete wird eine Jongleurnummer gegen eine Magie-Vorführung ausgewechselt. Häufiger ist der Fall, daß die Darbietung zwar gleichartig bleibt, die Abwechslung jedoch durch eine Auswechslung des Künstlers erfolgt, z. B. bei Solosängern. Drittens kann die Befristung auf der Erwartung beruhen, daß der Künstler für eine spätere Programmänderung, die wegen des Abwechslungsbedürfnisses des Publikums erforderlich ist, nicht geeignet ist. Dieser Fall kommt z. B. bei Bühnenschauspielern in Betracht: Ein Schauspieler, der in dieser Saison als Heldendarsteller benötigt wird, ist in der nächsten Spielzeit u. U. nicht einsetzbar, falls dann ein Stück über Probleme Jugendlicher aufgeführt werden soll.

Die zuletzt genannte Untergruppe von zu befürchtenden Einsetzbarkeitsproblemen bei Programmänderungen ist zwar anderen oben bereits erörterten Fallgruppen ähnlich, wird jedoch durch diese nicht abgedeckt. Eine einmalige Arbeitsaufgabe[1207] liegt nicht vor, da das Ende der Einsetzbarkeit des Arbeitnehmers i. d. R. noch nicht absehbar ist[1208]. Bei der Einstellung steht nämlich meist erst das Programm für die nächste Spielzeit fest. Auch "Ungewißheit, ob es sich um eine Daueraufgabe handelt[1209], ist nicht gegeben, denn es ist bei derartigen Tätigkeiten von vornherein klar, daß eine Dauerbeschäftigung nicht möglich ist.

Die Ermüdung und Gewöhnung des Publikums, die zu dem Abwechslungsbedürfnis führen, können in einem weiten Sinn als eine Art "Verschleiß" des Künstlers, als eine abnehmende Eignung für den konkreten Arbeitsplatz, angesehen werden, obwohl die Eigenschaften und Fähigkeiten sich im Befristungszeitraum nicht ändern. Bezeichnenderweise wird z. B. bei häufigen Fernsehauftrit-

---

1207) Hierzu oben 1 c aa

1208) Es sind aber natürlich auch bei Künstlern einmalige Arbeitsaufgaben möglich, etwa bei einer von vornherein beschränkten Zahl von Aufführungen.

1209) Hierzu oben 1 c ff

ten eines Künstlers tatsächlich davon gesprochen, daß der Betreffende sich (in seiner "Zugkraft" für das Publikum) "verschleißt". Aus dieser Oberlegung heraus ist verständlich, daß ein Teil der Literatur die hier als Abwechslungsbedürfnis bei Künstlern bezeichnete Fallgruppe zu den "Verschleißtatbeständen" rechnet[1210]. Diese Bezeichnung ist aber in mehrfacher Hinsicht unzweckmäßig. Zum einen ist bei der soeben erörterten Untergruppe der Befristung wegen zu befürchtender späterer Verwendungsprobleme der Ausdruck "Verschleiß" auch in der aufgezeigten weiten Interpretation unzutreffend, während die Bezeichnung "Abwechslungsbedürfnis" erforderliche Programmänderungen und die daraus resultierenden Besetzungsprobleme zutreffend erfaßt. Zum anderen besteht ein berechtigtes Interesse an Befristungen zwecks größerer Vielfalt des Dargebotenen auch außerhalb des künstlerischen Bereichs, insbesondere auch im Lehrbereich[1211], wo man auch bei weitestem Verständnis dieses Begriffes nicht von einem "Verschleiß" des Dozenten sprechen kann.

bb) Rechtsprechung

Das BAG hat erstmals in einem Urteil des 2. Senats von 1970[1212] für die Frage der Zulässigkeit der Befristung von Künstlern auf das Abwechslungsbedürfnis abgestellt. In diesem Urteil wird ein Zeitvertrag mit einer Konzert-Chorsängerin als unzulässig angesehen, weil anders als bei Solosängern, Musikern und Schauspielern kein Abwechslungsbedürfnis bestehe. Ähnlich auch ein BAG-Urteil von 1973[1213], das ein Mitglied eines Rundfunkorchesters betrifft. Das BAG hat die Befristung nicht als zulässig anerkannt, obwohl der Kläger auch solistisch eingesetzt

---

1210) Außer WIEDEMANN, Festschrift LANGE, 1970, S. 395 (408) (und im Anschluß an die Fallgruppen von WIEDEMANN auch KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 194 - 201) bezeichnet auch KOCH, BB 1978, 1218, bei Fn. 97, die "abnehmende Attraktivität von Künstlern" (im Sinne von Ermüdungserscheinungen beim Publikum) als Verschleiß.

1211) Hierzu unten d

1212) Urt. vom 5.3.70, 2 AZR 175/69, AP Nr. 34 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1213) Urt. vom 6.12.73, Das Orchester 1974, 33

wurde, weil er anders als echte Solisten in das ganze Orchester eingegliedert war. Auch das weitere Argument, ein Tanzorchester müsse in seiner Zusammensetzung flexibel gehalten werden[1214], reicht nach diesem Urteil nicht aus. Das Abwechslungsbedürfnis wurde dann wieder in einer anderen Entscheidung des 2. Senats von 1981[1215] erwähnt. Hier handelte es sich um auf ein Jahr befristete Bühnendienstverträge von elf Schauspielern, einem Kapellmeister, einem Dramaturgen und einer Choreographin, deren Zulässigkeit vom Bühnenoberschiedsgericht bejaht worden war, wogegen die Kläger sich mit der Aufhebungsklage nach § 110 ArbGG wandten. Die Tarifverträge für den Bühnenbereich gehen von der Zulässigkeit von Befristungen jedenfalls für Schauspieler aus ("Normalvertrag Solo"). Der Senat hat unabhängig von der Frage, inwieweit tarifvertraglich zugelassene Befristungen gerichtlich überprüfbar sind, die Engagementsverträge als wirksam angesehen. Die Befristung entspreche einem jahrzehntelangen und von den Tarifvertragsparteien im Mitteilungspflichtabkommen vom 23.11.1977[1216] erneut bestätigten Bühnenbrauch, der auch der Auffassung verständiger und verantwortungsbewußter Vertragspartner entspreche. Daß die Branchenübung sachlich berechtigt sei, ergebe sich aus dem Abwechslungsbedürfnis des Publikums, dem Interesse des Intendanten, sein künstlerisches Konzept mit von ihm als dazu geeignet angesehenen Mitarbeitern zu verwirklichen, und dem Interesse beider Seiten an der Freizügigkeit des Engagementwechsels.

Der große Senat des BAG hat 1960 pauschal "Verträge mit Künstlern, Musikern, Sängern etc." als Beispiele für sachlich gerechtfertigte Befristungen genannt[1217]. Ähnlich hat der 5. Se-

---

1214) Dieses Argument entspricht der Befristung von Schauspielern mit der Begründung, daß diese evtl. für die Rollen späterer Spielzeiten nicht geeignet sind. Daß dieser Gesichtspunkt bei Orchestermusikern weniger bedeutsam ist als bei Schauspielern, liegt auf der Hand.

1215) Urt. vom 21.5.81, 2 AZR 1117/78, DB 1981, 2080 = AP Nr. 15 zu § 611 BGB Bühnenengagementsvertrag

1216) Zu den Regelungen dieses Mitteilungspflichtabkommens siehe KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 199.

1217) Beschluß vom 12.10.60, GS 1/59 (3 AZR 65/56), unter C 3, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

nat 1971[1218] bei einem Bühnenorchester[1219], dessen Befristung durch Tarifvertrag vorgesehen war, die tarifvertragliche Regelung insbesondere mit der Begründung akzeptiert, daß auch der Beruf des Chorsängers ein künstlerischer Beruf sei. Demgegenüber vertritt der 2. Senat bereits seit 1970 in ständiger Rechtsprechung die zutreffende Ansicht, daß die bloße Künstlereigenschaft des Arbeitnehmers nicht ausreicht[1220].

1218) BAG Urt. vom 30.9.71, 5 AZR 146/71, unter 3., AP Nr. 36 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3R. Diese Argumentation steht in direktem Gegensatz zu den Gründen des oben zitierten Urteils des 2. Senats vom 5.3.70, AP Nr. 34 a. a. O. Dennoch hat der 5. Senat keinen Anlaß gesehen, den Großen Senat anzurufen, weil es sich bei dem früheren Urteil nicht um die Wirksamkeit eines Tarifvertrags handelte (siehe unter 4. der Gründe des Urteils vom 30.9.71). Diese Argumentation ist m. E. zu formal, denn für den 5. Senat war für die Anerkennung der Wirksamkeit des Tarifvertrags ein Argument maßgeblich, das der 2. Senat - mit der Folge der Abweisung der Klage - nicht anerkannt hat.

1219) Für Bühnenchormitglieder gilt nunmehr folgende Regelung des § 5 I des Ergänzungstarifvertrags zum Normalvertrag Chor vom 28.1.1972: "Die Mitteilung des Unternehmers über die Nichtverlängerung ist unwirksam, wenn die künstlerischen Belange des Theaters durch die Verlängerung des Vertragsverhältnisses nicht beeinträchtigt werden und wenn die Interessen des Mitglieds an der Beibehaltung seines Arbeitsplatzes die Verlängerung des Vertragsverhältnisses gebieten".

KR-HILLEBRECHT (§ 620 BGB Rdnr. 197) führt zu dieser Regelung aus, damit entspreche "die materielle Rechtslage heute dem Schutz, den das KSchG gewährt". Falls HILLEBRECHT damit meint, daß deshalb keinesfalls Veranlassung zu einer Kontrolle der Befristung bestehe, so ist dem nicht zuzustimmen. Die Nichtverlängerung ist nämlich nur dann unwirksam, wenn kumulativ die Interessen des Arbeitnehmers die Verlängerung gebieten und die künstlerischen Belange durch die Verlängerung nicht beeinträchtigt werden. Es liegt also auf der Hand, daß trotz des Ergänzungstarifvertrags z. B. eine Arbeitnehmerin den Mutterschutz verlieren kann.

1220) Urteil vom 4.2.71, 2 AZR 144/70, unter 3 b, AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Im Urteil vom 5.3.70 (2 AZR 175/69, AP Nr. 34 a. a. O.) hat der 2. Senat einen Zeitvertrag mit einer Chorsängerin als unzulässig angesehen, weil kein Abwechslungsbedürfnis bestanden habe. Auch in der Entscheidung vom 21.5.81, 2 AZR 1117/78, (demn.) AP Nr. 15 zu § 611 BGB Bühnenengagementsvertrag = DB 1981, 2080, die Bühnendienstverträge zum Gegenstand hat, hat der 2. Senat auf das Abwechslungsbedürfnis abgestellt, also die bloße Künstlereigenschaft nicht ausreichen lassen.

cc) Literatur

Die ganz überwiegende Literatur anerkennt ein Abwechslungsbedürfnis im künstlerischen Bereich als Sachgrund[1221], wobei z. T. besonders darauf hingewiesen wird, daß bei Künstlern, die nicht als identifizierbare Personen ins Bewußtsein des Publikums treten - insbesondere bei Chormitgliedern -, ein Abwechslungsbedürfnis nicht besteht[1222]. DÄUBLER[1223] anerkennt zwar diesen Sachgrund, führt jedoch aus: "Den Interessen des Arbeitnehmers ist jedoch insoweit Rechnung zu tragen, als dem gesetzlichen Modell entsprechend die ordentliche Kündigung ausgeschlossen bleibt und eine höhere als die für Daueranstellungen geschuldete Vergütung bezahlt wird".

Besonders restriktiv ist FALKENBERG[1224], der zwar ebenfalls diesen Sachgrund grundsätzlich anerkennt - insbesondere bei Bühnenschauspielern -, aber bei Rundfunk- und Fernsehanstalten unbefristete Verträge - auch bei Schauspielern - als aus-

---

1221) BEUTHIEN, RdA 1978, 8; KOCH BB 1978, 1218 (1222), unter 4.3; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 195 und 199; speziell zu Bühnendienstverträgen WOHNSEIFER, S. 58, und BÖHM, S. 105. Siehe ferner die Nachweise in Fn. 1222.

1222) WIEDEMANN Anm. zu BAG AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; PALENBERG Anm. zu BAG AP Nr. 36 a. a. O. (nach Ansicht von PALENBERG kann bei fehlendem Abwechslungsbedürfnis auch ein Tarifvertrag die Befristung nicht wirksam machen); OTTE, S. 140f.

Ferner im Anschluß an das BAG-Urteil vom 5.3.70, 2 AZR 175/69, AP Nr. 34 a. a. O. (Befristung von Chorsängerin unzulässig): SCHRÖTER S. 165f.; FALKENBERG DB 1972, 2478 (2480), unter D 1; PALME BlStSozArbR 1970, 268 (270), unter IV 1; DÄUBLER ArbR 2, S. 317.

Weniger klar äußert sich KR-HILLEBRECHT (§ 620 BGB Rdnr. 199), der nur von der "Problematik" der an Theatern üblichen Befristungen auch mit Ausstattern, Beleuchtern und leitenden Angestellten spricht, weil diese Arbeitnehmer "nicht ins Bewußtsein des Publikums treten".

1223) ArbR 2, S. 319

1224) DB 1972, 2478 (2480), unter D 1

reichend ansieht. Nach Ansicht von BEUTHIEN sind jahrelang verkettete Zeitverträge (wie sie jedenfalls im Bühnenbereich nicht selten sind) ein Indiz dafür, daß kein Abwechslungsbedürfnis besteht[1225].

REHBINDER sieht bei Bühnendienstverträgen Befristungen stets als gerechtfertigt an[1226]. Demnach müßte gar nicht geprüft werden, ob bei dem konkreten Arbeitnehmer ein Abwechslungsbedürfnis besteht.

Die entgegengesetzte Meinung vertritt LINDER, der bei Bühnendienstverträgen nie eine Befristung zulassen will, sondern bei fehlender Eignung für eine neue Rolle die personenbedingte Kündigung als ausreichend ansieht[1227].

KR-HILLEBRECHT[1228] erwähnt die in Bars, Tanzlokalen und dem sonstigen Unterhaltungsgewerbe üblichen befristeten Engagementsverträge von ein bis drei Monaten Dauer mit Kapellen, Sängern, Schönheitstänzerinnen, Gogo-Girls usw., die gerechtfertigt[1229] seien, weil es dem Publikum auf ständige Abwechslung ankommt.

dd) Stellungnahme

Aus den bereits oben unter aa genannten Gründen sehe ich ein Bedürfnis für Befristungen bei Abwechslungsbedürfnis als gegeben an.

1225) RdA 1978, 8

1226) REHBINDER, Der befristete Arbeitsvertrag als Regeltyp im Recht der Bühne, RdA 1971, 211 (213)

1227) DB 1975, 2082 (2086), unter V 2. LINDER will allerdings generell Befristungen praktisch nur auf Wunsch des Arbeitnehmers zulassen, siehe oben 1. Teil A II 1.

1228) § 620 BGB Rdnr. 195

1229) Z. T. dürften derartige Engagementsverträge allerdings nicht als Arbeitsverträge, sondern als freie Dienstverträge oder Werkverträge einzuordnen sein. Die Frage der sachlichen Rechtfertigung stellt sich dann nicht.

Dabei spricht vieles für die Ansicht von DÄUBLER, daß die Interessen des Arbeitgebers an der Befristung die gegenläufigen Interessen des Arbeitnehmers nur dann überwiegen, wenn kein ordentliches Kündigungsrecht des Arbeitgebers vereinbart ist. Der Ausschluß der ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber ist ein teilweises Äquivalent für die Nachteile, die für den Arbeitnehmer mit der Befristung verbunden sind. In vielen Fällen - insbesondere bei an Bühnen beschäftigten Schauspielern und Musikern - kommt hinzu, daß bei einer nicht auf das Saison- bzw. Spielzeitende erfolgenden Kündigung der Arbeitnehmer kaum eine Chance hätte, ohne Arbeitslosigkeit eine neue Anstellung zu finden.

Hingegen kann der weiteren von DÄUBLER gestellten Anforderung, daß die Bezahlung höher sein müsse, aus Praktikabilitätsgründen nicht gefolgt werden[1230].

Die Ansicht von LINDER[1231], daß bei Bühnendienstverträgen die personenbedingte Kündigung ausreichend sei, ist unzutreffend: Zum einen ist bei der starken erforderlichen Fluktuation nicht auszuschließen, daß das Führen von Kündigungsschutzprozessen zu einer Hauptbeschäftigung der Bühnenverwaltungen würde, was der Arbeitgeberseite nicht zumutbar wäre. Zum anderen müßte die Oberprüfung der künstlerischen Motivation der Kündigung entweder so vage bleiben, daß dem Arbeitnehmer mit dem Kündigungsschutzprozeß nicht gedient wäre, oder aber die Richter müßten sich zu "Oberkünstlern" aufschwingen, was wegen der in Art. 5 III 1 GG gewährleisteten Freiheit der Kunst nicht zulässig ist.

Zu weit geht auch die Auffassung von FALKENBERG[1232], daß bei Rundfunk- und Fernsehanstalten die Befristung von Schauspielern unzulässig sei. Zwar besteht in diesem Bereich die Möglichkeit, "auf Vorrat" zu produzieren und dann durch größere

---

1230) Siehe hierzu oben 1. Teil C II 1 d bb, a. E.
1231) a. a. O. (Fn. 1227)
1232) a. a. O. (Fn. 1224)

Zeitabstände zwischen den Sendungen einen Gewöhnungseffekt beim Publikum zu vermeiden, doch würden Programmgestaltung und Auswahl der Schauspieler zu sehr eingeschränkt, wenn man ein derartiges Vorgehen mit den Mitteln des Arbeitsrechts verbindlich machen würde.

ee) Tarifverträge im künstlerischen Bereich, insbesondere im Bühnenbereich

Im künstlerischen Bereich haben tarifvertragliche Regelungen über Befristungen sehr große Bedeutung. Die außerordentlich vielgestaltigen Regelungen, die für die Rundfunkanstalten, für Orchestermusiker, für Bühnenmitarbeiter usw. gelten, können hier nicht dargestellt werden. Siehe dazu die folgenden Literaturnachweise. Ich will hier nur beispielhaft die für Bühnendienstverträge geltenden Tarifverträge erwähnen, die den häufigsten Anwendungsfall von Befristungen wegen Abwechslungsbedürfnisses darstellen. In diesem Bereich ist die Befristung seit sehr langer Zeit tarifvertraglich vorgesehen[1233], und zwar in sogenannten "Normalverträgen" für Solopersonal[1234] sowie für Chor- und Tanzpersonal[1235]. Laut Tarifvertrag[1236] ist der Arbeitgeber verpflichtet, bei Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses dies dem Arbeitnehmer unter Einhaltung einer bestimmten Frist vor Vertragsablauf mitzuteilen. Unterläßt der Arbeitgeber die Nichtverlängerungsmitteilung, so gilt

---

1233) Siehe zu den Tarifverträgen RIEPENHAUSEN, Das Arbeitsrecht der Bühnen, 2. Aufl. 1956, S. 1ff. und S. 215ff.

1234) Tarifvertrag zwischen dem Deutschen Bühnenverein und der Genossenschaft Deutscher Bühnenangehöriger in der ab 1.9.1933 geltenden Fassung einschließlich des Normalvertrages vom 20.1.1933

1235) Tarifvertrag vom 1.6.1924 nebst Normalvertrag zwischen Deutschem Chorsängerbund und Tänzerbund mit dem Deutschen Bühnenverein. Siehe auch oben Fn. 1219 zum Ergänzungstarifvertrag vom 28.1.1972.

1236) Tarifvertrag vom 10.10.1947 zwischen der Genossenschaft Deutscher Bühnenangehöriger und dem Deutschen Bühnenverein; hierzu Mitteilungspflichtabkommen vom 23.11.1977. Zur Nichtverlängerungsmitteilung siehe RIEPENHAUSEN, a. a. O. (Fn. 1233), S. 310.

der Vertrag als um ein Jahr verlängert. Wegen dieser Regelung haben das LAG Frankfurt 1949 und das ArbG Böttingen 1950 und 1951 derartige Verträge als unbefristete behandelt[1237]. Heute besteht aber Einigkeit darüber, daß hier echte befristete Arbeitsverträge vorliegen[1238]. Der "Normalvertrag Solo" ist 1981 vom BAG ausdrücklich als wirksam anerkannt worden[1239].

Der sehr wichtigen und sehr schwierigen Frage, ob, bejahendenfalls inwieweit, Tarifverträge die Zulässigkeit von Befristungen ausweiten können, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher nachgegangen werden.

b) Sportler

Der Berufssport hat eine Unterhaltungsfunktion, ist praktisch eine Ausprägung des Show-Bussiness. Es stellt sich deshalb die Frage, ob auch Berufssportler wegen Abwechslungsbedürfnisses befristet werden können.

Unter den Berufssportlern genießen die Fußballspieler[1240] besondere Aufmerksamkeit wegen der in diesem Bereich erzielten hohen Umsätze und Verdienste. MünchKomm-SCHWERDTNER[1241] ist der Meinung, daß wegen der "Verzahnung" "zwischen Schauspielern und bezahlten Fußballspielern ... selbstverständlich auch bei Vertrags-Fußballspielern eine Befristung der Verträge für zulässig zu erachten" sei.

1237) Unveröffentlichte Urteile, referiert von HURST, Die Bühnendienstverträge als befristete Verträge, RdA 1952, 455 (457), und WOHNSEIFER, S. 54, Fn. 2 und 3.

1238) RIEPENHAUSEN, a. a. O. (Fn. 1233), Ergänzungsband 1965, S. 126 m. w. N.; OTTE, S. 139 m. w. N.; BÖHM, S. 103; WOHNSEIFER, S. 54f.

1239) BAG Urt. vom 21.5.81, 2 AZR 1117/78, AP Nr. 15 zu § 611 BGB Bühnenengagementsvertrag

1240) Vgl. auch oben 2. Teil B II 2, Fn. 754, zu auflösenden Bedingungen bei Fußball-Lizenzspieler-Verträgen.

1241) § 620 Rdnr. 37

Dies ist jedoch keineswegs selbstverständlich. Von Ausnahmen[1242] abgesehen, besteht bei Berufssportlern kein Abwechslungsbedürfnis des Publikums. Im Gegenteil wächst die Popularität erfolgreicher Spieler beim einheimischen Publikum. Falls ein Spieler die Erwartungen nicht erfüllt, drängt zwar das Publikum auf einen Austausch, aber nicht wegen Gewöhnung an den bisherigen Spieler, sondern wegen dessen mangelhafter Leistung.

c) Medienbereich

Ein Abwechslungsbedürfnis kann auch im Medienbereich bestehen, und zwar nicht nur für Künstler, sondern auch zur Sicherung der Meinungsvielfalt[1243]. Ein Beispiel hierfür enthält ein Urteil des BAG von 1977[1244], das die Befristung eines in Singapur beschäftigten Auslandskorrespondenten des Norddeutschen Rundfunks (NDR) betrifft. Der NDR hatte geltend gemacht, er müsse die im Ausland beschäftigten Korrespondenten längstens nach fünf Jahren auswechseln, weil nur dann unterschiedliche Meinungen und Standpunkte zur Geltung kämen. Das BAG hat hier ein von ihm so genanntes "Auswechslungsbedürfnis" ausdrücklich anerkannt, einen ausreichenden sachlichen Grund aber dennoch letztlich verneint, weil es statt der Befristung auch ausreichend gewesen wäre, einen unbefristeten Arbeitsvertrag abzuschließen entweder mit der Klausel, daß der NDR sich eine Versetzung an andere Arbeitsorte nach Maßgabe des § 315 BGB vorbehält, oder zu dem unbefristeten Arbeitsverhältnis befristete Zusatzverträge abzuschließen, die sich auf den jeweiligen Einsatzort beziehen[1245]. KONZEN[1246] stimmt dem zu. Jedoch dürf-

---

1242) Eine solche Ausnahme dürfte wohl der Eiskunstlauf sein (z. B. "Holiday on Ice")

1243) So auch BEUTHIEN, RdA 1978, 8

1244) Urt. vom 9.11.77, 5 AZR 388/76, AP Nr. 43 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1245) a. a. O. (Fn. 1244), unter III 2 a

1246) ZfA 1978, 500, unter c aa

te diese Auffassung allzu restriktiv sein. Durch einen bloßen Wechsel des Einsatzortes kann nicht immer die anzustrebende Meinungsvielfalt herbeigeführt werden, weil angesichts der Verflochtenheit der Weltpolitik sowie der ökonomischen und sozialen Verhältnisse der persönliche Standpunkt eines Korrespondenten auch in unterschiedlichen Ländern in ähnlicher Weise zum Ausdruck kommen wird. Die vom BAG angebotenen "milderen Mittel" gegenüber einer Befristung sind deshalb wohl nicht ausreichend.

Aber auch, wenn man von der Auffassung des BAG ausgeht, ist eine Befristung wegen Abwechslungsbedürfnisses im nichtkünstlerischen Medienbereich keineswegs immer unzulässig. Wenn beispielsweise ein Auslandskorrespondent nicht bereit ist, sich auf eine Versetzungsbefugnis einzulassen, so entfällt damit dieses mildere Mittel, und eine Befristung ist gerechtfertigt. Ferner wird nicht selten der Abschluß eines Zeitvertrages schon deshalb zulässig sein, weil die Sprachkenntnisse des Beschäftigten eine Versetzung in andere Länder nicht zulassen.

d) Dozenten

Eine ganz entsprechende Interessenlage zur Sicherung der Meinungsvielfalt kann auch im Lehrbereich bestehen. An Universitäten gewährleisten wechselnde Dozenten neben dem Stamm der Professoren eine größere Vielfalt[1247)] des dargebotenen Stoffes und der wissenschaftlichen Meinungen. Ein auf diesen Grund gestütztes Befristungsbedürfnis kommt nicht nur an wissenschaftlichen Hochschulen, sondern auch in anderen Sparten des Lehrbereichs, etwa an Volkshochschulen, in Betracht. Entscheidend ist, ob eine Vielfalt des Dargebotenen angestrebt wird. An öffentlichen Schulen wird dieses Kriterium kaum gegeben sein, da

---

1247) So auch SCHRÖTER, S. 166

hier die Erfüllung eines Lehrplans vorgeschrieben ist, was in aller Regel[1248] ohne Auswechslung der Lehrpersonen zu erreichen ist.

Auf den Sachgrund "Abwechslungsbedürfnis" kommt es nur an, wenn überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt und wenn eine Befristung nicht schon wegen fehlender Schutzbedürftigkeit zulässig ist. Deshalb nachfolgend eine Zusammenstellung zu den relevanten Gesichtspunkten.

aa) Arbeitnehmereigenschaft

Bei Lehraufträgen ist schon fraglich, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt.

Der 3. Senat des BAG hat 1957 folgenden Leitsatz aufgestellt: "Wird der Lehrauftrag nur für ein Semester erteilt, so handelt es sich um ein freies Dienstverhältnis, das eine arbeitnehmerähnliche Stellung begründet"[1249]. Für unbefristete Lehraufträge hat das Gericht offen gelassen, ob es sich um echte Arbeitsverhältnisse handelt. Bei semesterweisen Fristverträgen fehle es an der persönlichen Abhängigkeit, weil der Dozent nur an Ort, Zeit und das gestellte Thema gebunden ist, im übrigen aber keinen Weisungen unterliegt. Eine arbeitnehmerähnliche Stellung liege vor, weil der Dozent in dem entschiedenen Fall[1250] auf die Einnahmen aus dem Lehrauftrag von acht Wochenstunden angewiesen und somit wirtschaftlich unselbständig gewesen sei. Der Senat hat in dieser Entscheidung offen gelassen, ob die für befristete Arbeitsverträge geltenden Grundsätze auch auf

---

1248) Ausnahmen sind beim Kurssystem der reformierten Oberstufe denkbar

1249) Urt. vom 16.12.57, 3 AZR 92/55, Leitsatz 1 Satz 2, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten

1250) Unverständlich ist, daß der Senat trotz dieser rein einzelfallbezogenen Begründung (der Kläger war im Hauptberuf Rechtsanwalt, hatte jedoch aus seiner Praxis nur unbedeutende Einnahmen) das Bestehen einer arbeitnehmerähnlichen Stellung in die Leitsätze aufgenommen hat.

arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar sind[1251]. Diese Frage hat 1981 der 5. Senat verneint[1252].

Anders als der 3. Senat hat der 2. BAG-Senat 1955[1253] offenbar die Arbeitnehmereigenschaft als gegeben angesehen, da er das Vorliegen eines Sachgrundes geprüft und bejaht hat[1254].

Das ArbG Frankfurt hat 1977[1255] - offenbar ohne diese beiden BAG-Urteile zu kennen - ebenfalls einen Dozentenvertrag als Arbeitsvertrag qualifiziert, und zwar unter Anwendung der "Eingliederungstheorie"[1256]. Es handelte sich um für jedes Semester gesondert abgeschlossene Verträge über vier Wochenstunden, die nebenberuflich geleistet wurden.

Die ganz überwiegende Literatur geht stillschweigend davon aus, daß es sich um Arbeitsverhältnisse handelt[1257]. BARWASSER[1258] meint, daß ein Arbeitsverhältnis dann vorliege, wenn der Lehrbeauftragte seinen gesamten Lebensunterhalt ausschließlich aus dem Lehrauftragsverhältnis bestreitet. Diese Differenzierung läßt sich aber nicht mit den üblichen Kriterien zur Abgrenzung von freien Dienstverträgen und Arbeitsverträgen begründen.

Nach alledem ist die Frage, ob es sich um Arbeitsverträge handelt, noch keineswegs ausdiskutiert, ja kaum diskutiert worden. Daß der Dozent hinsichtlich des genauen Inhalts seiner Vorle-

---

1251) a. a. O. (Fn. 1249), Bl. 2R. Das Gericht konnte die Frage offen lassen, weil es jedenfalls die soziale Schutzbedürftigkeit verneinte. Siehe hierzu oben 1. Teil B III, insbes. unter 4.

1252) Siehe oben 1. Teil B I, bei und in Fn. 295

1253) Beschl. v. 14.6.55, 2 AZR 199/55, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG, mit zust. Anm. von A. HUECK

1254) Siehe zu diesem Urteil sogleich unter cc d, bei Fn. 1260

1255) Urt. vom 1.3.77, 8 Ca 329/76, NJW 1978, 725

1256) Zur Eingliederungtheorie siehe ZÖLLNER, ArbR, § 4 III 5 b, S. 40

1257) Siehe dazu die Nachweise in Fn. 1259

1258) DB 1977, 1944, Fn. 26

sungen keinen Weisungen unterliegt, ist kein starkes Argument gegen das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, denn eine solche Freiheit von ins einzelne gehenden Weisungen ist bei hochqualifizierten Arbeitnehmern nicht ungewöhnlich. Somit spricht trotz des BAG-Urteil von 1957 vieles dafür, daß die Befristung von Dozenten jedenfalls ab einer bestimmten Wochenstundenzahl eines sachlichen Grundes bedarf.

bb) Fehlende Schutzbedürftigkeit

Da es sich bei Lehraufträgen oft um Nebentätigkeiten handelt, stellt sich die - m. E. zu verneinende - Frage, ob in solchen Fällen mangels Schutzbedürfnisses auf das Sachgrunderfordernis verzichtet werden soll. Siehe hierzu oben 1. Teil B III 4.

cc) Sachlicher Grund

Soweit Rechtsprechung und Literatur nicht schon die Arbeitnehmereigenschaft oder die Schutzbedürftigkeit von Dozenten verneinen, sehen sie die Befristung als jedenfalls sachlich gerechtfertigt an[1259].

α) Mehrarbeit und Aushilfe

Als Grund für die Befristung wird vor allem angegeben, daß der erforderliche Bedarf an Wochenstunden in den einzelnen Fächern jeweils nur für ein Semester mit Sicherheit vorhersehbar sei[1260].

1259) A. A. nur LINDER, DB 1975, 2082 (2086), unter V 3, der betriebsbedingte oder personenbedingte Kündigungen unbefristeter Verträge aus ausreichend ansieht. Die Befristung von Dozenten sehen demgegenüber als sachlich gerechtfertigt an: HUECK, ArbR I, S. 537, Fn. 39; NIKISCH, ArbR I, § 47 II 4, S. 674; HERSCHEL/STEINMANN, KSchG, § 1 Anm. 14c, S. 61. Siehe ferner sogleich Fn. 1260.

1260) BAG Beschl. vom 14.6.55, 2 AZR 199/55, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG. Das gleiche ist wohl im BAG-Urteil vom 16.12.57 (3 AZR 92/55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten) gemeint mit der Formulierung, die Lehranstalten hätten "ein berechtigtes Interesse daran, hinsichtlich der Lehraufträge in ihren Entscheidungen frei zu sein". Ebenso WOHNSEIFER S. 59.

Soweit dies zutrifft, handelt es sich aber nicht um einen eigenständigen Sachgrund für Dozenten, sondern es greifen Fallgruppen der Aufgaben von begrenzter Dauer ein:

Werden zusätzliche Dozenten etwa wegen einer unerwartet hohen Zahl von Studienanfängern für nur ein Semester benötigt, so liegt Mehrarbeit vor[1261].

Ergibt sich ein unerwarteter Bedarf durch den Ausfall einer anderen Lehrperson, so greift die Fallgruppe "Aushilfe" ein. Wenn der "Ausfall" ein endgültiger ist (etwa bei Berufung an eine andere Hochschule, Emeritierung, Tod) und der Lehrbeauftragte bis zur Berufung eines Nachfolgers benötigt wird, so handelt es sich um "Aushilfe bis zur Einstellung eines anderen Arbeitnehmers"[1262]. Bei nur vorübergehender Verhinderung (insbesondere Krankheit oder Schwangerschaft) liegt "Aushilfe während des zeitweiligen Ausfalls eines anderen Arbeitnehmers" vor[1263].

ß) Auswechslungsbedürfnis

Wie bereits oben vor aa ausgeführt, ist m. E. auch bei Dozenten ein Auswechslungsbedürfnis als Sachgrund anzuerkennen. Dieser Gesichtspunkt wird von der Rechtsprechung überhaupt nicht und in der Literatur nur von SCHRÖTER[1264] erwähnt.

γ) Saisonarbeitsverhältnis

SCHRÖTER bezeichnet die Arbeitsverhältnisse von Dozenten ferner als typische Saisonarbeitsverhältnisse[1265]. Nach dem Maß-

---

1261) Siehe hierzu oben 1 c dd
1262) Dazu oben 1 c gg γ
1263) Dazu oben 1 c gg ß
1264) S. 166
1265) S. 157

stab der neueren Rechtsprechung des BAG zum periodischen Arbeitsanfall[1266] kommt eine Rechtfertigung von befristeten Lehraufträgen aus diesem Sachgrund nicht in Betracht, sondern müßte der Arbeitgeber zu einem unbefristeten Teilzeitarbeitsvertrag greifen. Demnach bleibt es bei den oben genannten möglichen Sachgründen Auswechslungsbedürfnis, Aushilfe und Mehrarbeit.

4. Fragliche Eignung des Arbeitnehmers

a) Befristetes Probearbeitsverhältnis

aa) Abgrenzung und Zweck dieses Sachgrundes

Obwohl häufig ausgeführt wird, daß die Probezeit - und damit wohl auch ein befristetes Probearbeitsverhältnis - auch im Interesse des Arbeitnehmers liege[1267], kann man diese Fallgruppe zu den Befristungen im Interesse des Arbeitgebers rechnen, denn es würden wohl fast alle Arbeitnehmer gern auf diese "Vergünstigung" verzichten.

Ein befristeter Arbeitsvertrag zur Erprobung der Eignung des Arbeitnehmers (sogenanntes "befristetes Probearbeitsverhältnis") unterscheidet sich von der Probezeit beim unbefristeten Arbeitsverhältnis[1268] dadurch, daß das Arbeitsverhältnis nach Ablauf

---

1266) Siehe dazu oben 1 c cc B

1267) WOHNSEIFER, S. 66 (Argument: der Arbeitnehmer kann überprüfen, ob ihm die Arbeit zusagt und Aufstiegsmöglichkeiten bestehen); BÖHM, S. 106, unter IV; abgeschwächt (das Interesse des Arbeitnehmers an der Probezeit tritt gegenüber demjenigen des Arbeitgebers zurück) HUECK, ArbR I, S. 539, Fn. 46; NIKISCH, ArbR I, S. 678, Fn. 73; OTTE, S. 128, unter II 1.

1268) Das Probearbeitsverhältnis beim unbefristeten Vertrag unterscheidet sich vom endgültigen Arbeitsverhältnis dadurch, daß für die Probezeit eine kürzere Kündigungsfrist - in dem nach § 622 BGB zulässigen Rahmen - vereinbart wird oder kraft Tarifvertrags gilt, vgl. z. B. §§ 5, 53 I BAT i. V. m. § 622 III BGB, oder daß die gesetzlich zulässige Mindestkündigungsfrist als stillschweigend vereinbart gilt (BAG Urt. vom 22.7.71, 2 AZR 344/70, AP Nr. 11 zu § 620 BGB Probearbeitsverhältnis).

der vereinbarten Frist endet, wenn nicht ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen wird[1269], während ein Probearbeitsverhältnis beim unbefristeten Vertrag nach Ablauf der vereinbarten Zeitspanne in ein normales Arbeitsverhältnis übergeht, wenn es nicht gekündigt worden ist.

Praktische Bedeutung hat die Ausgestaltung der Probezeit als befristetes Arbeitsverhältnis vor allem dann, wenn die nach der Art der Tätigkeit des Arbeitnehmers zu beurteilende angemessene Länge der Probezeit[1270] ein halbes Jahr überschreitet oder wenn der Arbeitnehmer bereits beim selben Arbeitgeber beschäftigt ist[1271], denn der Kündigungsschutz nach § 1 KSchG gilt nur für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis im selben Betrieb oder Unternehmen länger als sechs Monate bestanden hat.

1269) Auch wenn der Arbeitnehmer sich bewährt hat, ist der Arbeitgeber - abgesehen vom Fall des Rechtsmißbrauchs - nicht verpflichtet, nach Fristablauf einen unbefristeten Arbeitsvertrag abzuschließen, BAG Urt. vom 8.3.62, 2 AZR 497/61, Leitsatz 4, AP Nr. 22 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, und vom 13.12.62, 2 AZR 38/62, AP Nr. 24 a. a. O., Bl. 1R. Dies entspricht der freien Kündigungsmöglichkeit des Arbeitgebers bei einem unbefristeten Probearbeitsverhältnis bis zu sechs Monaten Dauer. Zu der Frage, ob nach Ablauf eines befristeten Arbeitsvertrages eine Pflicht zur Weiterbeschäftigung bestehen kann, vgl. auch Fn. 48.

Sofern nach Fristablauf der Arbeitnehmer unbefristet eingestellt wird, ist hierzu keine Mitwirkung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG erforderlich, denn die Beschäftigung auf Dauer war (wie bei einem unbefristeten Probearbeitsverhältnis) von vornherein geplant, SCHAUB, Handbuch, § 40 I 3, S. 163.

1270) Zur zulässigen Dauer siehe unten ff

1271) Ein Bedürfnis für eine Probezeit bei einem schon bisher vom selben Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer kann bestehen, wenn diesem qualifiziertere Arbeiten übertragen werden. Auch KR-HILLEBRECHT (§ 620 BGB Rdnr. 162) nimmt in diesem Fall einen Sachgrund an. Daß eine Probebefristung auch nach vorangegangenem unbefristetem Arbeitsverhältnis zulässig sein kann, ergibt sich ferner aus dem Urteil des BAG vom 28.2.63, 2 AZR 345/62, unter 3, AP Nr. 25 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3. Falls jedoch der Arbeitgeber die Eignung des Arbeitnehmers schon hinreichend beurteilen kann (etwa aufgrund eines vorangegangenen befristeten Aushilfsarbeitsverhältnisses), so besteht kein Bedürfnis für eine Erprobung und deshalb kein Sachgrund für eine Probebefristung (so auch KR-HILLEBRECHT a. a. O.).

bb) Rechtsprechung und Literatur[1272]

Zunächst hatten Rechtsprechung[1273] und Literatur[1274] einhellig das Probearbeitsverhältnis als Paradebeispiel zulässiger Befristungen angesehen. Erst seit 1975 finden sich in der Literatur und auch in einer Arbeitsgerichtsentscheidung kritische oder ablehnende Stimmen.

LINDER (1975)[1275], KEMPFF (1976)[1276], DAMMAN (1978)[1277] und wohl auch DÄUBLER (1979)[1278] sehen eine Befristung zur Erprobung in jedem Fall als unzulässig an. Bei LINDER und DAMMANN überrascht diese Auffassung schon deshalb nicht, weil diese Autoren ohnehin der Ansicht sind, daß befristete Arbeitsverträge nur auf Wunsch des Arbeitnehmers zulässig seien[1279]. Auch

---

1272) Siehe auch die zahlreichen Literaturnachweise zum befristeten Probearbeitsverhältnis bei STAUDINGER/NEUMANN, § 620 BGB, Schrifttum b.

1273) Ausdrücklich als Beispiel sachlich gerechtfertigter Befristungen werden "Arbeitsverträge zur Probe" genannt in dem Beschluß des Großen Senats vom 12.10.60, GS 1/59 (3 AZR 65/56), AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter C 3. Auch alle anderen einschlägigen BAG-Entscheidungen gehen von der Zulässigkeit befristeter Probearbeitsverhältnisse aus: Urteile vom 29.7.58, 3 AZR 49/56, EzA Nr. 1 zu § 620 BGB; 6.10.60, 2 AZR 153/59, AP Nr. 15 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter III 2; 8.3.62, 2 AZR 497/61, AP Nr. 22 a. a. O.; 13.12.62, 2 AZR 38/62, AP Nr. 24 a. a. O., Bl. 1R; 28.2.63, 2 AZR 345/62, AP Nr. 25 a. a. O., Bl. 3; 28.11.63, 2 AZR 140/63, AP Nr. 26 a. a. O.; 15.3.66, 2 AZR 211/65 (insbes. Leitsatz 2), AP Nr. 28 a. a. O.; 15.3.78, 5 AZR 831/76, insbes. Leitsatz 1, AP Nr. 45 a. a. O.

1274) HUECK, ArbR I, § 55 IV, S. 539; NIKISCH, ArbR I, § 47 III, S. 678; NEUMANN, Das Probearbeitsverhältnis, 1964; WALTER, Arbeitsverhältnisse zur Probe und zur Aushilfe, 1965, unter § 4 IV, S. 21f.; WOHNSEIFER, S. 67; BÜHM, S. 107, bei Fn. 1; SCHRÖTER, S. 141; AUFDERHAAR, S. 99ff.; WIEDEMANN, Festschrift LANGE, 1970, S. 395 (401f.); KOCH, BB 1978, 1218 (1222), unter 4.3; PLANDER/SCHMIDT, AuR 1979, 325; SCHAUB, Handbuch, § 39 I 2, S. 156, bei Fn. 4; GAMILLSCHEG, Festschr. W. WEBER, 1974, S. 806; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 161 ("Schulfall eines zulässigen Zeitvertrages").

1275) DB 1975, 2082 (2086), unter V 1

1276) DB 1976, 1576 (1577)

1277) AuR 1978, 65 (68), unter 2

1278) ArbR 2, S. 318

1279) Siehe dazu oben 1. Teil A II 1

KEMPFF ist kein Anhänger der herrschenden Sachgrund-Lehre, sondern plädiert für die unmittelbare Anwendung des KSchG auf die Nichtweiterbeschäftigung[1280]. Alle diese Literaturstimmen sehen kein Bedürfnis für eine Befristung zur Erprobung[1281], da das KSchG ohnehin erst nach sechs Monaten eingreift. LINDER weist für die sechs Monate übersteigende Zeit auf die Möglichkeit einer personenbedingten Kündigung bei mangelnder Qualifikation hin, und nach Ansicht von DAMMANN dient ein befristetes Probearbeitsverhältnis nur der Umgehung des besonderen Kündigungsschutzes, z. B. des MuSchG.

Eine differenziertere Meinung vertritt MORITZ (1978)[1282] unter Zustimmung von DIETRICH (1978)[1283]. Demnach überwiegt das Interesse des Arbeitgebers an einem befristeten Probearbeitsvertrag nur in Ausnahmefällen das gegenläufige Interesse des Arbeitnehmers, nicht bis zum Ende der Probezeit im Ungewissen über eine weitere Einstellung zu bleiben. Ein solcher Ausnahmefall soll vorliegen, wenn "sich aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls eine Prognose über die Wahrscheinlichkeit der Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb bei Abschluß des Probe-Arbeitsvertrages nicht stellen" läßt, etwa bei probeweiser Einstellung von mehreren Personen für nur einen verfügbaren Arbeitsplatz, bei probeweiser Einstellung für einen bei Arbeitsaufnahme noch nicht freien Arbeitsplatz, fer-

---

1280) Dazu oben 1. Teil A II 4 b bb

1281) Dabei fällt auf, daß KEMPFF Befristungen zur Probe in jedem Fall als nach § 134 BGB nichtige Gesetzesumgehung ansehen will, dies aber damit begründet, daß das KSchG davon ausgehe, daß sechs Monate in der Regel ausreichend seien. Wenn das KSchG davon nur für den Regelfall ausgeht, so spricht dies aber dafür, jedenfalls für besondere Fälle - etwa bei besonders hoher und für den Arbeitgeber schwer zu überprüfender Qualifikation des Arbeitnehmers - befristete Probearbeitsverhältnisse zuzulassen.

1282) Aktuelle Fragen zum Probearbeitsverhältnis, BB 1978, 866 (868f.), unter 4.2

1283) AR-Blattei D, Probearbeitsverhältnis I (Lieferung von 1978), unter B II

ner bei Arbeitnehmern, die keine oder keine ausreichende Qualifikation für den Arbeitsplatz haben.

Das ArbG München (1975)[1284] verneint im erklärten Gegensatz zur Rechtsprechung des BAG für den öffentlichen Dienst ein Bedürfnis für befristete Probearbeitsverträge, da die Erprobung auch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis mit Probezeit möglich sei. Ob das Gericht dies außerhalb des öffentlichen Dienstes anders beurteilen würde, geht aus dem Urteil nicht hervor.

OTTE[1285], der von einer analogen Anwendbarkeit des KSchG beim Auslaufen von Fristverträgen ausgeht, ist wegen der Sechsmonatsfrist des § 1 KSchG konsequenterweise der Auffassung, daß nur bei befristeten Probearbeitsverhältnissen mit bis zu sechs Monaten Dauer der Arbeitgeber in seiner Entscheidung frei ist, ob er den Arbeitnehmer unbefristet einstellt, während bei längerer Dauer die Nichtweiterbeschäftigung nur unter den Voraussetzungen des § 1 KSchG zulässig sein soll.

Nach STAUDINGER/NEUMANN[1286] kann eine Einstellung zur Probe "in Ausnahmefällen" auf befristete Zeit erfolgen, wobei jedoch nicht angegeben wird, unter welchen Voraussetzungen ein Ausnahmefall vorliegen soll. Es ist deshalb anzunehmen, daß mit dieser Formulierung keine Einschränkung der Zulässigkeit von befristeten Probearbeitsverträgen vertreten wird, sondern lediglich gemeint ist, daß solche Befristungen rechtstatsächlich relativ selten vorkommen.

Nach PLANDER/SCHMIDT[1287] ist ein befristetes Probearbeitsverhältnis nicht zulässig, "wenn der Arbeitgeber sich aufgrund einer nur kurze Zeit zurückliegenden gleichen Tätigkeit bereits

---

1284) Urt. vom 18.12.75, 16 Ca 7520/74, unter I 2, DB 1976, 1583f.

1285) S. 129 - 131; zum Lösungsansatz von OTTE siehe oben 1. Teil A II 4 b bb

1286) § 620 BGB Rdnr. 55

1287) AuR 1979, 325, Fn. 52

ein hinreichendes Urteil über die Qualifikation des Arbeitnehmers hat bilden können". Ebenso das BAG[1288] für den Fall, daß bis zum Abschluß des Fristvertrages ein Arbeitsverhältnis mit dem gleichen Arbeitgeber bestand. Beidem ist grundsätzlich[1289] zuzustimmen, denn wenn eine Erprobung nicht erforderlich ist, kann dieser Sachgrund nicht eingreifen.

Das BAG[1290] hat neuerdings für Probebefristungen das Zulässigkeitserfordernis aufgestellt, daß der Erprobungszweck Vertragsinhalt geworden sein muß. Bloße Erkennbarkeit dieses Zwecks für den Arbeitnehmer genüge nicht. Diese vom erkennenden Senat nicht begründete Rechtmäßigkeitsvoraussetzung soll offenbar verhindern, daß aus anderen Beweggründen abgeschlossene Fristverträge nachträglich mit vorgeschobenem Erprobungszweck "gerettet" werden. Nach meiner Ansicht kann jedoch auf dieses Erfordernis verzichtet werden, denn wenn man die Dauer befristeter Probearbeitsverhältnisse einer strengen Kontrolle unterwirft (hierzu unten ff), dürfte ein Ausufern dieses Sachgrundes nicht zu befürchten sein.

cc) Stellungnahme zur Berechtigung dieses Sachgrundes

Der Ansicht, daß für befristete Probearbeitsverträge überhaupt kein Bedürfnis bestehe, kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil in manchen - wenn auch seltenen - Fällen eine Probezeit von sechs Monaten nicht ausreicht[1291]. Ein Ausufern von Probezeit-Befristungen ist entgegen der Ansicht von KEMPFF[1292] nicht zu befürchten, da die Rechtsprechung hinsichtlich der zu-

---

1288) BAG Urt. vom 28.2.63, 2 AZR 345/62, AP Nr. 25 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3

1289) Der Formulierung des BAG kann allerdings dann nicht gefolgt werden, wenn dem Arbeitnehmer eine qualifiziertere Tätigkeit übertragen werden soll, siehe Fn. 1271.

1290) Urt. vom 30.9.81, 7 AZR 789/78, unter 5, AP Nr. 61 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Dazu, daß der erkennende Senat sich für dieses Erfordernis zu Unrecht auf das BAG-Urteil AP Nr. 56 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag beruft, siehe Fn. 683

1291) Siehe unten ff Byy und 88

1292) DB 1976, 1576 (1577)

lässigen Probezeit restriktiv ist. Beispielsweise hält das BAG selbst für einen qualifizierten Beruf wie den eines Juristen eine Probezeit von sechs Monaten für im allgemeinen ausreichend[1293].

Für den Fall, daß der Arbeitnehmer neu eingestellt worden ist und die Probezeit nicht mehr als ein halbes Jahr beträgt, folge ich jedoch MORITZ darin, daß eine Befristung nur in Ausnahmefällen den berechtigten Interessen der Parteien entspricht und damit sachgerecht ist. In diesem Bereich hat die unbefristete Probezeit für den Arbeitgeber im wesentlichen nur den Nachteil, daß der Sonderkündigungsschutz, insbesondere der Mutterschutz, eingreifen kann. Der Betrieb kann also beispielsweise gezwungen sein, eine Schwangere weiterzubeschäftigen, deren Bewährung auf diesem Arbeitsplatz noch fraglich ist. Dieses Risiko ist dem Arbeitgeber aber bei einem in Aussicht genommenen Dauerarbeitsverhältnis - anders als bei einer Aufgabe von begrenzter Dauer[1294] - zumutbar. Daß auch die Arbeitgeber dies so sehen, zeigt sich daran, daß von Probebefristungen trotz der von meiner Auffassung abweichenden h. M. nicht oft Gebrauch gemacht wird. Dadurch, daß bei unbefristeter Einstellung im Fall der Nichtbewährung gekündigt werden muß, wird die "ausnutzbare" Probezeit nicht verkürzt, denn auch wenn die Kündigung erst am letzten Tag einer halbjährigen Pro-

---

1293) Naturgemäß benötigt der Arbeitgeber für die Beurteilung der Leistung des Arbeitnehmers um so mehr Zeit, je spezialisierter der Arbeitnehmer ist und je selbständiger er arbeitet. Dabei wird es bei dem Beispiel eines neu eingestellten Juristen auch darauf ankommen, ob er der einzige Jurist in dem Betrieb ist, oder ob er etwa für eine Rechtsabteilung eingestellt worden ist, von deren Leiter er relativ schnell beurteilt werden kann.

1294) Bei einer Aufgabe von begrenzter Dauer bestünde die Gefahr, daß die Arbeitnehmerin nach Rückkehr aus der Schutzfrist-Freistellung oder aus dem Mutterschaftsurlaub noch zu einem Zeitpunkt entlohnt werden müßte, zu dem der betreffende Arbeitsplatz gar nicht mehr besteht. Hingegen unterscheidet sich das "Schwangerschafts-Risiko" des Arbeitgebers bei einem unbefristeten Probearbeitsverhältnis von demjenigen, das bei jedem unbefristeten Arbeitsverhältnis besteht, nur dadurch, daß u. U. einige Monate lang eine nicht hinreichend geeignete Kraft weiterbeschäftigt werden muß.

bezeit erfolgt, ist das KSchG nicht anwendbar[1295]. Es ist sogar im Gegenteil die bei Befristung zur Verfügung stehende Beurteilungszeit kürzer, wenn man von einer Hinweispflicht vor Auslaufen des Fristvertrages ausgeht[1296].

dd) Eindeutigkeit der Befristungsklausel

Da das unbefristete Arbeitsverhältnis der Normalfall ist, erfordert jede Befristung eine eindeutige diesbezügliche Vereinbarung, und den Arbeitgeber trifft die Beweislast für die Befristungsklausel[1297]. Hinsichtlich der Klarheit und Eindeutigkeit der Befristungabrede kommt es bei befristeten Probearbeitsverhältnissen viel häufiger als bei anderen Sachgründen zum Streit. Z. T. vertritt der Arbeitgeber die Auffassung, durch die Vereinbarung einer bestimmten Probezeit, z. B. "Einstellung zunächst zur Probe für die Dauer von sechs Monaten", sei ein befristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Nach einhelliger Ansicht von Rechtsprechung und Literatur ist dies jedoch nicht der Fall[1298]. Vielmehr kennzeichnen folgende Leitsätze die Rechtslage: "Wird ein Arbeitnehmer zur Probe angestellt, so ist, wenn eine gegenteilige Vereinbarung fehlt, die Probezeit als Beginn eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit anzusehen"[1299]. "Das sogenannte befristete Pro-

---

1295) Entscheidend ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung, BAG Urt. vom 20.9.57, 1 AZR 136/56, unter I, AP Nr. 34 zu § 1 KSchG, Bl. 1; aus der Literatur siehe statt vieler anderer SCHAUB, Handbuch, § 128 I 4, S. 696.

1296) Dazu unten ee

1297) Zur Beweislast für die Befristungsabrede siehe Fn. 57. Speziell für das Probearbeitsverhältnis (das, wie erwähnt, insofern keine Sonderstellung gegenüber anderen Sachgründen hat), hat das LAG Düsseldorf diese Beweislastverteilung ausgesprochen in den Urteilen vom 12.8.68, 12 (8) Sa 180/68, EzA Nr. 2 zu § 9 MuSchG, und vom 18.6.75, 8 Sa 594/74, EzA Nr. 3 zu § 611 BGB.

1298) Aus der Literatur siehe statt vieler anderer (mit zahlreichen Nachweisen): DIETERICH, AR-Blattei D, Probearbeitsverhältnis I, unter B I 1, 3. Forts.-Blatt, R; STAUDINGER/NEUMANN, § 620 BGB Rdnr. 55.

1299) BAG Urt. vom 29.7.58, 3 AZR 49/56, Leitsatz 1, EzA Nr. 1 zu § 620 BGB

bearbeitsverhältnis setzt eine eindeutige Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien voraus, daß das Probearbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit endet, ohne daß eine Kündigung ausgesprochen wird und die Fortsetzung des Vertrages nur dann erfolgt, wenn ein neuer Vertrag abgeschlossen wird"[1300].

ee) Hinweispflicht bei Nichtweiterbeschäftigung nach dem Probearbeitsverhältnis

Ein von MORITZ[1301] vorgebrachtes wichtiges Argument gegen die Zulässigkeit befristeter Probearbeitsverhältnisse hat den Inhalt, daß der Arbeitnehmer nicht bis zum letzten Tag über die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses im Ungewissen bleiben sollte. Als Lösung dieses Problems bietet MORITZ nicht nur eine Einschränkung der Zulässigkeit befristeter Probearbeitsverhältnisse an[1302], sondern er entnimmt darüber hinaus dem Fürsorgegedanken eine Hinweispflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer darauf, "daß das Arbeitsverhältnis mit Fristablauf tatsächlich beendet sein wird"[1303]. Die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht führt zu einem Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses, insbesondere von durch die unterlassene Mitteilung entgangenen anderen Erwerbsmöglichkeiten. Auch nach SCHAUB kann es aus dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht "namentlich bei längeren Probezeiten geboten sein, den Arbeitnehmer darauf hinzuweisen, daß eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses nicht beabsichtigt ist"[1304]. SCHAUB bezeichnet dies als Nichtverlängerungsanzeige.

1300) LAG Düsseldorf Urt. vom 18.6.75, 8 Sa 594/74, EzA Nr. 3 zu § 611 BGB, mit Nachweis weiterer LAG-Urteile

1301) BB 1978, 866 (868f.), unter 4.2

1302) Siehe oben bb

1303) BB 1978, 866 (869), unter 5.1

1304) Handbuch, § 40 II, S. 162

Die übrige Literatur kennt eine Hinweispflicht nur bei Befristungen durch den Zweck, bei denen der Arbeitnehmer die bevorstehende Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht vorhersehen kann[1305]. Die Auffassung von DIETERICH und SCHAUB hat bisher in der Literatur weder positive noch negative Resonanz gefunden.

Das Problem ist jedoch altbekannt, denn das BAG hat bereits in einem Urteil von 1962[1306] dahingestellt sein lassen, ob eine solche Hinweispflicht bei der Probebefristung besteht, jedoch einen Zugang der Mitteilung zwölf Tage vor Fristablauf bei einer sechsmonatigen Befristung eines Angestellten als jedenfalls ausreichend angesehen.

Richtigerweise ist eine solche Hinweispflicht anzunehmen, da es in der Tat dem Fürsorgegedanken widerspricht, den Arbeitnehmer bis zum letzten Tag im Ungewissen zu lassen und ihm damit jede Möglichkeit zu nehmen, rechtzeitig nach einer anderen Beschäftigung zu suchen. Als ausreichender Hinweis ist es anzusehen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer erklärt, daß seine Weiterbeschäftigung auf Grund der bisherigen Leistung ungewiß ist. Mit dieser Erklärung ist nämlich gesichert, daß der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht "aus allen Wolken fällt". Problematisch ist aber, wie lange vor Fristablauf der Hinweis erfolgen muß. Naheliegend und nach meiner Ansicht angemessen wäre es, auf die kürzeste zulässige Kündigungsfrist zurückzugreifen, die bei einem unbefristeten Probearbeitsverhältnis gelten würde. Diese Frist beträgt, wenn nicht eine kürzere Frist durch Tarifvertrag zugelassen ist (§ 622 III BGB), zwei Wochen bei Arbeitern und einen Monat auf Kalendermonatsschluß bei Angestellten (§ 622 BGB). Tarifvertragliche Verbote einer Abkürzung der Kündigungsfrist auf die

---

1305) Siehe dazu oben 2. Teil C

1306) Urt. vom 8.3.62, 2 AZR 497/61, AP Nr. 22 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

genannten Mindestfristen würde ich bei der Frage der Hinweispflicht nicht berücksichtigen, da es sich hier nicht um eine unmittelbare Anwendung von Kündigungsfristen handelt. Die vom BAG als ausreichend angesehene Frist von zwölf Tagen bei einem qualifizierten Angestellten (Jurist) nützt dem Arbeitnehmer kaum etwas, da er in dieser kurzen Zeitspanne i. d. R. keine anderweitige Anstellung finden kann. Unabhängig von der Länge der Frist darf die ausnutzbare Probezeit nicht verkürzt werden. Die Hinweispflicht entsteht deshalb in jedem Fall erst dann, wenn sich herausgestellt hat, daß der Arbeitnehmer nicht geeignet ist oder daß begründete Zweifel an seiner Eignung bestehen. Demnach ist auch ein erst am letzten Tag des befristeten Probearbeitsverhältnisses erfolgender Hinweis ausreichend, wenn der Arbeitgeber den Grund für die Nichtfortsetzung nicht früher kannte.

ff) Probleme der zulässigen Dauer

α) Keine Kontrolle auf "zu kurze" Laufzeit, aber Einschränkung der Verkettung

Zur erforderlichen sachlichen Rechtfertigung auch der Dauer befristeter Arbeitsverhältnisse siehe zunächst unten 4. Teil. Abweichend von den dort unter C gemachten Ausführungen kann man jedoch bei Befristungen zur Erprobung des Arbeitnehmers keinen sachlichen Grund für die Kürze der Vertragsdauer verlangen, weil eine kurze Probezeit im Interesse des Arbeitnehmers liegt, während bei anderen Sachgründen das Interesse des Beschäftigten dahin geht, sich den Arbeitsplatz durch entsprechende Vertraglaufzeit für eine möglichst lange Dauer zu sichern.

Daraus, daß Probebefristungen nicht auf eine "zu kurze" Laufzeit überprüfbar sind, könnten sich aber Mißbräuche durch Verkettung (dazu unten 4. Teil D) ergeben. Verkettungen können auch für den Sachgrund "Erprobung" nicht schlechthin unzulässig sein. Wollte man diese Frage anders entscheiden, so würde sich das zum Nachteil der betroffenen Arbeitnehmer auswirken,

die dann bei Auslaufen des Probearbeitsvertrages keinen neuen Vertrag erhalten würden, falls der Arbeitgeber sich über die Eignung noch nicht im klaren ist[1307]. Es muß aber verhindert werden, daß Arbeitnehmer durch mehrfache Verkettung kurzer Probearbeitsverträge längere Zeit in einer sehr ungesicherten Position gehalten werden können[1308]. Deshalb ist der Ansicht von DIETERICH[1309] zu folgen, daß eine Verlängerung befristeter Probearbeitsverhältnisse nur dann zulässig ist, wenn die Erwartungen der Vertragspartner hinsichtlich der erforderlichen Dauer sich z. B. wegen längerer Krankheit des Arbeitnehmers nicht erfüllt haben, oder wenn unvorhersehbare Umstände Zweifel an der Eignung begründen. Im Ergebnis entspricht dem wohl auch eine Formulierung von A. HUECK[1311], daß ein befristeter Probearbeitsvertrag angemessen verlängert werden könne,

---

1307) So auch BUNGE, Anm. zu BAG EzA Nr. 34 zu § 620 BGB, unter I 4, S. 134. Vgl. auch BAG Urt. vom 28.2.63, 2 AZR 345/62, AP Nr. 25 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3, mit Anm. von ZIGAN; in diesem Fall hat das BAG den erneuten Abschluß eines befristeten Probearbeitsvertrages als zulässig angesehen, weil der Arbeitnehmer bis dahin noch nicht in dem für ihn vorgesehenen Tätigkeitsbereich beschäftigt werden konnte.

1308) Vgl. den Fall des LAG Mainz, Urt. vom 23.8.60, 1 Sa 142/60, BB 1961, 370. Hier war vereinbart, daß das Arbeitsverhältnis während der Probezeit mit dem Ablauf jedes Probemonats als beendet gilt, sofern die Verlängerung nicht ausdrücklich bestätigt wird. Das LAG hat diese Vereinbarung als unzulässig angesehen. Zustimmend NEUMANN, Das Probearbeitsverhältnis, S. 16, und DIETERICH, AR-Blattei D, Probearbeitsverhältnis I, unter B II 2 b.

1309) A. a. O. (Fn. 1308). Ähnlich BUNGE, a. a. O. (Fn. 1307), der unter Hinweis auf DIETERICH die Ansicht vertritt, daß für die Verlängerung eines befristeten Probearbeitsverhältnisses "besondere sachliche Gründe gegeben sein müssen".

1310) Anm. zu BAG AP Nr. 28 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

1311) Handbuch, § 40 II, S. 163. SCHAUB zitiert für seine Ansicht zu Unrecht das BAG-Urteil vom 15.3.78, 5 AZR 831/76, AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, denn in diesem Urteil wird im Gegenteil ausgesprochen, daß eine Verlängerung eines befristeten Probearbeitsvertrages nicht allein deshalb zulässig ist, weil der Arbeitnehmer sich noch nicht voll bewährt hat, und daß eine mehr als sechsmonatige Probezeit nur in besonderen Fällen in Betracht kommt.

"wenn die zunächst vereinbarte Probezeit ohne Verschulden des Arbeitgebers nicht ausreicht". Demgegenüber meint SCHAUB[1311], daß eine einmalige Verlängerung des Probearbeitsvertrages zulässig sei, wenn der Arbeitnehmer sich nicht bewährt hat. Dies geht m. E. zu weit, denn ob der Arbeitnehmer sich bewährt hat, ist meistens sehr schwer nachprüfbar. Diese Formel könnte deshalb in vielen Fällen zu einer Verdoppelung der "an sich" zulässigen Dauer der Probearbeitsverhältnisse führen.

Auch das BAG läßt die Verkettung von befristeten Probearbeitsverträgen nicht schrankenlos zu. In einem Urteil von 1963[1312] führt der 2. Senat aus, daß eine Befristung zur Erprobung nicht gerechtfertigt sei, "wenn der Arbeitnehmer bereits während einer für die Beurteilung seiner Fähigkeiten ausreichenden Zeit bei dem Arbeitgeber beschäftigt war, so daß es für eine Verlängerung der Probezeit durch einen weiteren befristeten Arbeitsvertrag an einem vernünftigen Grund fehlt". Demnach wäre eine Verkettung ohne weiteres zulässig, sofern insgesamt die angemessene Höchstdauer, die auch schon beim ersten Vertrag hätte vereinbart werden können, nicht überschritten wird. An der m. E. erforderlichen Schranke gegen eine unnötige Stückelung der zulässigen Probezeit fehlt es also. In dem entschiedenen Fall hat das Gericht die erneute Befristung als zulässig angesehen, weil der für den Arbeitnehmer vorgesehene Arbeitsplatz noch nicht bestand und eine Erprobung somit nicht möglich gewesen war[1313]. In einer weiteren Entscheidung des 2. Senats von 1966[1314] sind dann schon Schranken gegen die Verkettung selbst - also nicht nur gegen eine aus der Verkettung resultierende unangemessene Gesamtdauer - angedeutet wor-

---

1312) Urt. vom 28.2.63, 2 AZR 345/62, AP Nr. 25 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3

1313) Bei einer derartigen Konstellation müßte man aber wohl danach differenzieren, ob der Arbeitgeber es zu vertreten hat, daß der Arbeitnehmer noch nicht erprobt werden konnte, vgl. oben bei Fn. 1310.

1314) BAG Urt. vom 15.3.66, 2 AZR 211/65, AP Nr. 28 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, mit zust. Anm. von A. HUECK

den. Eine mehrfach verlängerte Probezeit könne u. U. notwendig sein, jedoch seien fünf aufeinanderfolgende Befristungen mit einer Dauer von insgesamt über drei Jahren unter allen Umständen ein unzulässiges Obermaß. Wesentlich restriktiver ist der 5. BAG-Senat in einem Urteil von 1978[1315], dessen Leitsatz 4 wie folgt lautet: "Wenn sich der Arbeitnehmer nach Ablauf eines Probejahres noch nicht voll bewährt hat, kann dies allein den Abschluß eines weiteren auf ein Jahr befristeten Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen. Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer unbefristet einstellen, mit dem Vorbehalt, daß der Arbeitsvertrag gekündigt wird, wenn der Arbeitnehmer die festgestellten Beanstandungen nicht abstellt". Hierbei ist unklar, wie ein solcher "Vorbehalt" rechtlich einzuordnen sein soll, Der Senat scheint an einen teilweisen Ausschluß des Kündigungsschutzes zu denken. Dem steht aber der einseitig zwingende Charakter des KSchG entgegen. BUNGE[1316] bietet folgende Konstruktion an: Es handle sich um eine vertragliche Hervorhebung eines Umstandes als besonders wichtig, die bei der Interessenabwägung, ob die Kündigung sozial gerechtfertigt ist, zu berücksichtigen sei. Eine solche schwache Rechtswirkung des Vorbehalts wird aber den Interessen des Arbeitgebers nicht gerecht und wird diesen dazu veranlassen, von einer Weiterbeschäftigung abzusehen.

ß) Höchstzulässige Dauer

Die Frage der zulässigen Höchstdauer ist von dem oben erörterten Problem der Verkettung zu unterscheiden, das nur die Zahl der Fristverträge, aber nicht deren Dauer und auch nicht die Gesamtdauer eines auf mehreren befristeten Arbeitsverträgen beruhenden Arbeitsverhältnisses betrifft.

Die Höchstdauer ist bei Probebefristungen von besonderer Bedeutung. Dies nicht nur, weil sie gegenüber anderen Sachgründen relativ niedrig anzusetzen ist, sondern mehr noch, weil der Ar-

---

1315) BAG Urt. vom 15.3.78, a. a. O. (Fn. 1311)
1316) Anm. EzA Nr. 34 zu § 620 BGB, unter II 1

beitnehmer infolge der Aussicht auf den sich anschließenden unbefristeten Arbeitsvertrag an einer geringen Dauer interessiert ist[1317]. Diese besondere Bedeutung hat sich auch darin niedergeschlagen, daß in der noch spärlichen Rechtsprechung zur zulässigen Dauer von Befristungen Probearbeitsverträge weit überproportional vertreten sind. Ich will deshalb hier die zulässige Dauer für speziell diesen Sachgrund untersuchen. Derartige spezielle Untersuchungen wären an sich auch für alle anderen Sachgründe möglich und grundsätzlich wünschenswert, müssen aber hier schon aus Raumgründen unterbleiben.

Vor dem Einstieg in die Kasuistik möchte ich zunächst einige allgemeine Grundsätze nennen. Vor allem muß die Dauer des befristeten Probearbeitsverhältnisses in einer angemessenen Relation zu der Art der Tätigkeit stehen[1318]. Sie darf also nicht länger sein, als zur Erprobung der Eignung des Arbeitnehmers erforderlich ist. Die einschlägigen Tarifverträge können nach der m. E. unzutreffenden Ansicht des BAG Anhaltspunkte für die angemessene Probezeit geben[1319]. Falls der Arbeitnehmer nach dem Probearbeitsverhältnis wiederum in ein - aus einem anderen Sachgrund - befristetes Arbeitsverhältnis übernommen werden soll, so muß die Dauer des Probearbeitsvertrages auch in einem angemessenen Verhältnis zur Dauer der vorgesehenen Verwendung stehen[1320]. Von Bedeutung ist auch, inwieweit der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, die Eignung schon vor der Einstellung ausreichend festzustellen[1321].

1317) Demgegenüber kann bei anderen Sachgründen eine Obergrenze für die zulässige Dauer durchaus im Widerspruch zu den Interessen des Arbeitnehmers stehen.

1318) Siehe statt aller WIEDEMANN, Festschr. LANGE, 1970, S. 395 (401), und BAG Urt. vom 15.3.78, 5 AZR 831/76, Leitsatz 1, AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

1319) BAG a. a. O. (Fn. 1318), Leitsatz 3; zust. PLANDER/SCHMIDT, AuR 1979, 321 (325), unter F III. A. A. BUNGE in seiner Anm. zu diesem Urteil in EzA Nr. 34 zu § 620 BGB. Richtigerweise ist jede indirekte Ausweitung des persönlichen Geltungsbereichs von Tarifverträgen durch Oblichkeitsargumente abzulehnen. Vgl. auch oben 1. Teil C IV 1 b.

1320) Vgl. BÖHM/SPIERTZ, BAT, Anm. 10 zu § 5 BAT

1321) BÖHM/SPIERTZ a. a. O. (Fn. 1320); siehe auch oben unter bb bei Fn. 1287f.

aa) Sechs Monate als regelmäßige Höchstdauer

Sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Literatur werden nach dem Vorbild der sogenannten gesetzlichen Probezeit, also der sechsmonatigen Wartezeit des § 1 I KSchG, sechs Monate als zur Erprobung im allgemeinen erforderlich, aber auch ausreichend angesehen[1322]. Wie oben bereits erwähnt, reicht diese Probezeit nach Ansicht des BAG auch für Juristen, also einen höher qualifizierten Beruf, im allgemeinen aus[1323]. Selbst für die herausgehobene Position des Chefarztes an Krankenhäusern ist eine Probezeit (im unbefristeten Arbeitsverhältnis) von sechs Monaten üblich[1324].

ßß) Höchstdauer unter sechs Monaten

Probebefristungen bis zu sechs Monaten Dauer sind zwar in der Regel, aber nicht stets zulässig. Z. B. bei Einstellung eines ungelernten Arbeiters sind sechs Monate als unzulässig anzusehen[1325]. In Tarifverträgen wird ohnehin häufig eine kürzere Höchstdauer vereinbart, siehe hierzu unten ε.

Für Berufsausbildungsverhältnisse darf die Probezeit gemäß § 13 S. 2 BBiG höchstens drei Monate (und muß mindestens einen Monat) betragen.

1322) BAG Urt. vom 15.3.78, 5 AZR 831/76, AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; zust. PLANDER/SCHMIDT, AuR 1979, 321 (325), unter F III. Ebenso KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 163; SCHAUB, Handbuch, § 40 II, S. 163; DIETERICH, AR-Blattei D, Probearbeitsverhältnis I, unter B II 2 a.

1323) BAG Urt. vom 8.3.62, 2 AZR 497/61, unter 1 c, AP Nr. 22 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1324) Hierzu ausführlich SIEGMUND-SCHULTZE, Befristete Chefarztdienstverträge, NJW 1976, 360, unter I. In einer Stellungnahme zu diesem Aufsatz vertritt BIELEFELD, NJW 1976, 1139 (1140), die zutreffende Ansicht, daß trotz dieser Oblichkeit im Einzelfall eine längere Probezeit als sechs Monate für Chefärzte zulässig sein kann.

1325) KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 163

γγ) Höchstdauer über sechs Monate

Eine generelle Unzulässigkeit befristeter Probearbeitsverhältnisse von mehr als sechs Monaten Dauer wird nur von KEMPFF[1326] vertreten: Eine Oberschreitung dieser Frist sei eine nach § 134 BGB zur Nichtigkeit der Befristungsabrede führende Umgehung des § 1 KSchG, weil die gesetzliche Wartezeit gerade der Erprobung diene. Demgegenüber sieht OTTE[1327], der wie KEMPFF eine analoge Anwendung von Kündigungsschutzvorschriften auf die Nichtweiterbeschäftigung nach Befristungen vertritt[1328], eine Dauer von mehr als sechs Monaten als zulässig an, wenn diese Dauer wegen "der Eigenart der Arbeit oder Besonderheiten beim Arbeitnehmer, der etwa eine Tätigkeit über eine längere Zeit nicht ausgeübt hat", erforderlich ist".

Erstaunlicherweise sieht auch der Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission[1329] in § 11 III 2 entgegen der heute ganz h. M. eine Höchstdauer von sechs Monaten für befristete Probearbeitsverhältnisse vor.

Nach der wie erwähnt ganz h. M. sind auch mehr als sechs Monate befristeter Probezeit möglich, wobei allerdings gegenüber der Regelprobezeit von sechs Monaten erhöhte Anforderungen zu stellen sind[1330]. Es werden häufig drei Berufsgruppen genannt[1331], bei denen eine solche längere Probezeit in Betracht kommt: künstlerische und wissenschaftliche Berufe sowie Lehrer.

1326) DB 1976, 1576 (1577). Dazu, daß die Begründung von KEMPFF widersprüchlich ist, siehe Fn. 1281.

1327) S. 131

1328) Siehe zu dieser Auffassung oben 1. Teil B II 4 b bb

1329) Arbeitsgesetzbuchkommission, Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches, 1977

1330) BUNGE, Anm. EzA Nr. 34 zu § 620 BGB, unter I 2, S. 130; im gleichen Sinne zu verstehen ist die Formulierung von DIETERICH, AR-Blattei D, Probearbeitsverhältnis I, unter B II 2 a (m. w. N.), daß sechs Monate "nur in Ausnahmefällen überschritten werden" sollten.

1331) Alle drei Berufsgruppen nennt KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 163f.; künstlerische und wissenschaftliche Tätigkeiten werden als Beispiele genannt im Leitsatz 3 des BAG-Urteils vom 15.3.78, 5 AZR 831/76, AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; zu Lehrern siehe Fn. 1341f.

In einem einen Orchestermusiker betreffenden Urteil hat das BAG bereits 1960[1332] eine Probezeit von einem Jahr hingenommen, ohne überhaupt Ausführungen zur Erforderlichkeit dieser Dauer zu machen. Ein anderer BAG-Senat hat 1980[1333] ausgesprochen, daß eine Rundfunkanstalt mit Orchestermusikern im allgemeinen keine über ein Jahr hinausgehende Probezeit vereinbaren dürfe. Bei Orchestermusikern ist zu unterscheiden zwischen der fachlichen Eignung und der Einfügung in das Orchester, deren Beurteilung eine längere Probezeit erfordern kann[1334]. Jedoch sind zwei Jahre auch für die letztgenannte Erprobung zu lang[1335].

Wissenschaftliche Tätigkeiten werden in einem Urteil des BAG von 1978[1336] und von STAUDINGER/NEUMANN[1337] als Beispiel dafür genannt, daß bei schwierigen Tätigkeiten mehr als sechs Monate sachlich gerechtfertigt sein können. Zu wissenschaftlichen Mitarbeitern führen PLANDER/SCHMIDT[1338] aus, daß mehr als sechs Monate je nach den Umständen - also nicht stets - gerechtfertigt sein können. WIEDEMANN/PALENBERG[1339] sehen bei wissenschaftlichen Mitarbeitern, bei denen die Befristung zwecks Erstellung einer Dissertation erfolgt, einen Zeitvertrag für zunächst "ein oder zwei Jahre" als zulässig an[1340].

1332) Urt. vom 6.10.60, 2 AZR 153/59, insbes. Leitsatz 2, AP Nr. 15 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1333) Urt. vom 7.5.80, 5 AZR 593/78, Leitsatz 2, DB 1980, 1996

1334) Vgl. § 5 des Manteltarifvertrages für den Westdeutschen Rundfunk (zitiert nach KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 164), der zur Erprobung der fachlichen Eignung eines Musikers eine Probezeit von einem Jahr vorsieht, während für die Erprobung der Einfügung in das Orchester eineinhalb Jahre zugelassen werden.

1335) BAG Urt. vom 6.12.73, 2 AZR 22/73, nicht veröff., zitiert von KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 164

1336) a. a. O. (Fn. 1331)

1337) § 620 BGB Rdnr. 49

1338) AuR 1979, 321 (325), unter F III

1339) Anm. zu BAG AP Nr. 46 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter I 3

1340) Diese erste Befristung eines Doktoranden ist m. E. als Probezeit zu bewerten. Von WIEDEMANN/PALENBERG wird diese Bezeichnung aber nicht gebraucht.

Eine längere Probezeit wird auch für angestellte Lehrer als zulässig angesehen[1341]. Dies rechtfertigt sich wohl daraus, daß Lehrer ihre Arbeit völlig selbständig erbringen und ihre Leistung deshalb schwer zu beurteilen ist. Fünf befristete Probearbeitsverträge mit einer Gesamtdauer von mehr als drei Jahren mit einem Lehrer sind in einem BAG-Urteil[1342] als unter allen Umständen unzulässiges Obermaß bezeichnet worden.

Auch bei besonderen Vertrauensstellungen kommt eine verhältnismäßig lange Dauer in Betracht[1343].

δδ) Besondere Umstände, die zu einer längeren zulässigen Höchstdauer als im Normalfall führen

Eine längere Probezeit, als in dem betreffenden Beruf normalerweise angemessen ist, kann zulässig sein, "wenn ein Arbeitnehmer seit vielen Jahren nicht mehr in dem von ihm erlernten Beruf tätig gewesen ist und sich erst wieder einarbeiten und bewähren muß"[1344]. Ebenso ist es zu beurteilen, wenn dem Arbeitnehmer überhaupt die erforderliche Qualifikation fehlt und er diese erst während des Probearbeitsverhältnisses erwerben soll[1345].

Auch bei einem vorbestraften Arbeitnehmer kann eine längere Probezeit zulässig sein[1346], damit Bedenken gegen seine Zuver-

---

1341) PALME, BlStSozArbR 1970, 268 (269), unter IV 1 b; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 164

1342) vom 15.3.66, 2 AZR 211/65, Leitsatz 6, AP Nr. 28 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1343) WIEDEMANN, Festschrift LANGE, 1970, S. 395 (401)

1344) BAG Urt. vom 13.12.62, 2 AZR 38/62, AP Nr. 24 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; ebenso WIEDEMANN, Festschrift LANGE, S. 401, und KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 163

1345) Vgl. DIETERICH, AR-Blattei D, Probearbeitsverhältnis I, unter B II 2a: z. B. Berufsfremdheit oder Vorstrafen des Arbeitnehmers können eine besondere Vorsicht des Arbeitgebers rechtfertigen.

1346) BAG Urt. vom 28.11.63, 2 AZR 140/63, Leitsatz 2, AP Nr. 26 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; WIEDEMANN und HILLEBRECHT a. a. O. (Fn. 1344), DIETERICH a. a. O. (Fn. 1345).

lässigkeit ausgeräumt werden können. Die Vorstrafe muß aber m. E. zu Zweifeln hinsichtlich der Eignung des Arbeitnehmers für die betreffende Tätigkeit Anlaß geben.

Problematisch ist, ob Probearbeitsverhältnisse über die an sich zulässige Höchstdauer hinaus verlängert werden dürfen, wenn der Arbeitnehmer sich nicht bewährt hat. Nach mehreren Urteilen des 2. Senats des BAG aus den sechziger Jahren wäre diese Frage zu bejahen[1347]. Demgegenüber hat der 5. Senat 1978[1348] eine solche Verlängerung nicht anerkannt, weil auch eine unbefristete Einstellung unter Vorbehalt möglich gewesen sei. Hierzu bereits oben α. Ungeachtet dessen, daß diese vom 5. Senat angebotene Alternative nicht überzeugt, kann auch der Rechtsprechung des 2. Senats nicht gefolgt werden, da sie allzu einfache Möglichkeiten zur Oberschreitung der höchstzulässigen Befristungsdauer eröffnet.

Eine Verlängerung einer Probebefristung über die "normalerweise" zulässige Dauer hinaus ist jedoch gerechtfertigt, wenn eine abschließende Beurteilung durch eine längere Erkrankung oder andere Fehlzeiten des Arbeitnehmers nicht möglich war[1349]. In einem solchen Fall ist kein bloßes Vorschieben des Verlängerungsgrundes zu befürchten.

εε) Tarifvertragliche Höchstdauer

Tarifverträge legen nicht selten eine Höchstdauer für befristete Arbeitsverhältnisse fest, siehe unten 4. Teil E. Eine solche Höchstdauer kann selbstverständlich auch für befristete Probearbeitsverträge geregelt werden.

1347) BAG Urt. vom 13.12.62, 2 AZR 38/62, AP Nr. 24 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 1R; 28.2.63, 2 AZR 345/62, AP Nr. 25 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3; 15.3.66, a. a. O. (Fn. 1342), Bl. 2R und Leitsatz 3

1348) BAG Urt. vom 15.3.78, 5 AZR 831/76, unter 2c und Leitsatz 4, AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Daß es sich um eine Abweichung von einer st. Rspr. des 2. Senats handelt, wird in dem Urteil nicht erwähnt.

1349) PALME, BlStSozArbR 1970, 268 (269), unter IV 1 b; STAUDINGER/NEUMANN § 620 BGB Rdnr. 49.

Sehr viel häufiger trifft der Tarifvertrag zwar keine speziellen Regelungen für Befristungen, statuiert jedoch eine Höchstdauer der Probezeit. Eine solche Vorschrift ist, wie das BAG 1980[1350] ausgesprochen hat, dahingehend auszulegen, daß die Höchstdauer sowohl für Probezeiten im unbefristeten Arbeitsverhältnis als auch für befristete Probearbeitsverhältnisse gelten soll. Ebenso hatte schon 1954 das ArbG Köln entschieden[1351]. A. A. waren BÜHM/SPIERTZ[1352].

Das BAG begründet seine zutreffende Auffassung nur damit, daß die Regelung nach ihrem Wortlaut für Probezeiten sowohl im befristeten als auch im unbefristeten Arbeitsverhältnis gelten könne. Für die Auslegung des BAG spricht aber auch der Zweck einer solchen Vorschrift. Die Tarifvertragsparteien wollen mit einer Höchstdauer der Probezeit einerseits die Bedürfnisse des Arbeitgebers ausreichend berücksichtigen, andererseits den Zeitraum der Ungewißheit und der fehlenden Absicherung für den Arbeitnehmer begrenzen. Ob die Ungewißheit für den Arbeitnehmer auf einer Probezeit im unbefristeten Arbeitsverhältnis oder auf einer Probebefristung beruht, ist dabei nicht von wesentlicher Bedeutung.

b) Fehlender Nachweis von Einstellungsvoraussetzungen

Seit einigen Jahren wurde und wird bei Einstellungen in den öffentlichen Dienst nicht selten[1353] zunächst eine Befristung mit kurzer Laufzeit vorgenommen, weil die "Unbedenklichkeits-

---

1350) BAG Urt. vom 7.8.80, 2 AZR 563/78, unter 2 c, AP Nr. 15 zu § 620 BGB Probearbeitsverhältnis

1351) Urt. vom 1.9.54, 2 Ca 810/54, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Probearbeitsverhältnis mit zust. Anm. von TRIESCHMANN

1352) BAT-Kommentar, LBl., Anm. 10 zu § 5 BAT: Die Vereinbarung eines befristeten Probearbeitsvertrages nach Ablauf der sechsmonatigen Probezeit des § 5 BAT soll zulässig sein, falls während dieser Zeit die Eignung nicht ausreichend beurteilt werden konnte. Demgegenüber soll eine Verlängerung der Probezeit über die Sechsmonatsgrenze hinaus im unbefristeten Arbeitsverhältnis unzulässig sein, Anm. 4 zu § 5 BAT.

1353) Siehe z. B. die bei PLANDER/SCHMIDT, AuR 1979, 321 (325), in Fn. 55 angegebenen Urteile.

bestätigung" des Verfassungsschutzes hinsichtlich der Verfassungstreue zum Zeitpunkt der Einstellung noch nicht vorlag. Eine solche Befristung ist im Ergebnis unproblematisch, wenn die Laufzeit nicht länger als die zulässige Probezeit ist und man ferner mit der h. M. eine freie Wahlmöglichkeit des Arbeitgebers zwischen befristetem und unbefristetem Probearbeitsverhältnis annimmt. Wenn man jedoch - wie von mir vertreten[1354] - im Bereich bis zu sechs Monaten Dauer grundsätzlich Probebefristungen als unzulässig ansieht, stellt sich die Frage, ob die noch nicht abgeschlossene Prüfung der Verfassungstreue einen Sachgrund darstellt.

Das ArbG München[1355] hat diese Frage mit der Begründung verneint, daß die Gewähr des jederzeitigen Eintretens für die freiheitliche demokratische Grundordnung ein Eignungsmerkmal wie jedes andere sei und somit wie die sonstige Eignung während eines unbefristeten Probearbeitsverhältnisses geprüft werden könne. Demgegenüber hat das LAG Frankfurt[1356] einen solchen Sachgrund bejaht.

In der Literatur ist dieses Problem bisher erst von PLANDER/SCHMIDT[1357] erörtert worden. PLANDER/SCHMIDT fassen die Frage unter eine neue Fallgruppe "fehlender Nachweis von Einstellungsvoraussetzungen", worunter z. B. auch das Beibringen bestimmter Urkunden fällt, etwa eines nicht sofort möglichen Gesundheitsattestes. Bei rechtmäßigen Oberprüfungen oder gesetzlich vorgeschriebenen Nachweisen wollen PLANDER/SCHMIDT eine Befristung zulassen, weil andernfalls die Einstellung ledig-

---

1354) Siehe oben a cc

1355) Urt. vom 18.12.75, 16 Ca 7520/74, unter I 3, DB 1976, 1583 (1584). Diese Frage wurde entscheidungserheblich, weil das erkennende Gericht befristete Probearbeitsverhältnisse als im öffentlichen Dienst überhaupt unzulässig ansieht.

1356) Urt. vom 26.8.80, 7 Sa 1349/79, AuR 1981, 218

1357) AuR 1979, 321 (325), unter F IV

lich unnötig lange hinausgezögert würde. Dieses Argument ist m. E. überzeugend. Zwar ist dem ArbG München darin zuzustimmen, daß einer unbefristeten Einstellung auch in einem solchen Fall wegen der Kündigungsmöglichkeit noch innerhalb der Probezeit kein wichtiges Argument entgegensteht. Jedoch ist davon auszugehen, daß die öffentliche Hand aus Gewohnheit und Bequemlichkeit eher einen anderen Bewerber einstellen würde oder den Einstellungstermin verschieben würde, als eine unbefristete Einstellung vor dem Vorliegen aller "Papiere" vorzunehmen. Somit wäre mit einer restriktiven Haltung dem Arbeitnehmerinteresse nicht gedient. Der fehlende Nachweis von Einstellungsvoraussetzungen ist deshalb als Sachgrund anzuerkennen. Um Mißbräuche durch Verschleppung erforderlicher Prüfungen (insbesondere der Verfassungstreue) vorzubeugen, darf aber die Dauer der Befristung meiner Ansicht nach die zulässige Probezeit nicht übersteigen. Einem weiteren Risiko für den Arbeitnehmer wollen PLANDER/SCHMIDT vorbeugen, indem sie Rechtsmißbrauch[1358)] annehmen, falls der Arbeitgeber nach Ablauf des befristeten Arbeitsvertrages die weitere Beschäftigung verweigert, obwohl das Prüfungs- bzw. Nachweisverfahren mit einem für den Arbeitnehmer günstigen Ergebnis geendet hat. Dies ist allerdings nicht praktikabel, wenn sich die Befristungsdauer mit der Laufzeit eines befristeten Probearbeitsverhältnisses deckt. Wenn dies zwar nicht der Fall ist, aber noch eine Probezeit oder die gesetzliche Wartefrist des § 1 I KSchG läuft, hat die von PLANDER/SCHMIDT angenommene Fortsetzungspflicht für den Arbeitnehmer in der Praxis nur einen geringen Nutzen.

5. Ausländer

a) Problematik

Ein Hauptanwendungsfall der befristeten Arbeitsverträge sind Arbeitsverhältnisse mit Ausländern, deren Heimatland nicht der

---

1358) Vgl. Fn. 48 zur Fortsetzungspflicht nach abgelaufenem Zeitvertrag.

EG angehört[1359]. Diese Gruppe benötigt zur Ausübung einer Beschäftigung der Arbeitserlaubnis des Arbeitsamtes[1360], die i. d. R. auf längstens zwei Jahre befristet erteilt wird[1361]. Die Beschäftigung von Ausländern ohne Arbeitserlaubnis ist mit Geldbuße bedroht[1362].

Nach einer überwiegend in der älteren Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung[1363] ist der Arbeitsvertrag beim Fehlen oder mit dem Erlöschen der Arbeitserlaubnis gemäß § 134 BGB nichtig. Wollte man dieser Ansicht folgen, so würde sich aus dem Erfordernis einer Arbeitserlaubnis kein Interesse des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers an einer Befristung ergeben, da der Vertrag auch ohne Befristung mit dem Wegfall der Arbeitserlaubnis enden würde. Die Befristung würde dem Arbeitgeber lediglich die nicht schutzwürdige Möglichkeit geben, beim jeweiligen Auslaufen des Zeitvertrages das Arbeitsverhältnis aus anderen Gründen enden zu lassen, auch wenn einer erneuten Arbeitserlaubnis nichts entgegenstünde.

1359) Arbeitsverhältnisse mit diesen Ausländern werden in aller Regel befristet, vgl. OTTE, S. 38; MünchKomm-SCHWERDTNER § 620 BGB Rdnr. 39; BAG Beschluß vom 18.7.78, 1 ABR 8/75, unter II 3, SAE 1979, 269.

1360) § 19 AFG und VO über die Arbeitserlaubnis für nichtdeutsche Arbeitnehmer (AEVO) vom 2.3.1971, BGBl. I, S. 152, i. d. F. vom 7.9.1978, BGBl. I, S. 1531. Hingegen dürfen Ausländer aus EG-Staaten nach der EG-VO 1638/68 nicht diskriminiert werden, benötigen also keine besondere Arbeitserlaubnis (EG-VO 1612/68). Zu den Einzelheiten siehe BECKER/BRAASCH, Recht der ausländischen Arbeitnehmer, 1980.

1361) § 4 AEVO

1362) § 229 AFG, bis zu 50 000 DM

1363) LAG Düsseldorf Urt. vom 3.11.60, 2 Sa 136/60, BB 1961, 218; 10.7.62, 2 Sa 136/62, BB 1962, 1081; 21.7.66, 2 Sa 399/61, BB 1966, 1106; LAG Hamm, Urt. vom 23.11.71, 3 Sa 724/71, DB 1972, 293; 29.3.72, 5 Sa 969/71, DB 1972, 1171; LAG Berlin Urt. vom 24.1.74, 7 Sa 98/73, BB 1974, 740; LAG Bad.-Württ., Urt. vom 26.11.71, 7 Sa 121/71, AP Nr. 1 zu § 19 AFG; LAG Bayern, ABl BayerArbMin 1971, C 15.

GAUL, Zur Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, RdA 1961, 324 (328); MONJAU, Zur Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte, DB 1961, 1099; BRILL, Der ausländische Arbeitnehmer in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, BB 1976, 1276; MUSA, BB 1967, 39; RITTSTIEG, NJW 1978, 1078 (1079); GK-AFG § 19 Anm. 2.

Nach der neueren und im Vordringen begriffenen Ansicht verbietet § 19 AFG nicht den Arbeitsvertrag, sondern nur die Ausübung der Beschäftigung[1364]. Zur Beendigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses bei Wegfall der Arbeitserlaubnis ist demnach eine Kündigung erforderlich. Hieraus könnte sich ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an einer Befristung ergeben.

b) Rechtsprechung und Literatur

In Rechtsprechung und Literatur wird kaum ausdrücklich zu der Frage Stellung genommen, ob Fristverträge mit Ausländern zulässig sind, und zwar anscheinend deshalb, weil die Zulässigkeit als unproblematisch angesehen wird[1365]. Ein sachlicher Grund wird ausdrücklich bejaht von GAMILLSCHEG[1366] und STAUDINGER/NEUMANN[1367]. OTTE[1368] nimmt nicht abschließend Stellung, tendiert aber dazu, einen Sachgrund zu verneinen[1369]. MünchKomm-SCHWERDTNER[1370] äußert sich unter Hinweis auf OTTE zweifelnd, bejaht einen Sachgrund aber für den Fall, daß man entgegen der neueren Auffassung davon ausgeht, daß ein Arbeitsvertrag nur bei Vorliegen einer Arbeitserlaubnis wirksam abgeschlossen werden kann.

1364) BAG AP Nr. 2,3, 4 zu § 19 AFG; LAG Frankfurt DB 1972, 2264; LAG Hamm DB 1976, 872; HELDMANN, Befristung des Arbeitsverhältnisses durch befristete Arbeitserlaubnis?, BB 1975, 1306; ENGELS, Auswirkungen der fehlenden Arbeitserlaubnis auf das Arbeitsverhältnis ausländischer Arbeitnehmer, RdA 1976, 165; NEUMANN, Rechtsfolgen der fehlenden Arbeitserlaubnis, Information 1978, 233; HOFMANN, Anm. zu BAG SAE 1978, 259; STAUDINGER/NEUMANN § 620 BGB Rdnr. 22.

1365) Siehe z. B. BAG Beschluß vom 18.7.78, 1 ABR 8/75, SAE 1979, 269. Der Senat hält die Befristung anscheinend für zulässig, prüft diese Frage aber nicht.

1366) Festschrift W. WEBER, 1974, S. 806

1367) § 620 BGB Rdnr. 22

1368) S. 38ff.

1369) Das wesentliche Argument von OTTE gegen eine sachliche Rechtfertigung ist die Oberlegung, daß der Arbeitgeber es selbst in der Hand hat, die Nichtverlängerung der Arbeitserlaubnis herbeizuführen, indem er die für die Verlängerung erforderliche Erklärung verweigert, daß er den Ausländer weiterbeschäftigen wolle.

1370) § 620 BGB Rdnr. 39f.

c) Stellungnahme

Die neuere Auffassung, wonach § 19 AFG lediglich die Ausübung der Beschäftigung verbietet, ist zutreffend. Der Arbeitgeber ist demnach, wenn für die Einhaltung der Kündigungsfrist keine Zeit mehr bleibt, auf eine außerordentliche Kündigung auf den Zeitpunkt des Auslaufens der Arbeitserlaubnis angewiesen. Es wäre richtig, bei einer solchen außerordentlichen Kündigung in jedem Fall Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses anzunehmen, weil der Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigt werden darf. Wenn der Arbeitgeber die Gewißheit dieser Beendigungsmöglichkeit hat, so besteht kein schutzwertes Interesse an einer Befristung. Der Ausländer ist bei einem unbefristeten Arbeitsvertrag aus dem Arbeitsverhältnis verpflichtet, dem Arbeitgeber auf Verlangen nachzuweisen, daß er eine neue Arbeitserlaubnis erhalten hat. Für den Arbeitgeber ändert sich deshalb bei unbefristeten Verträgen organisatorisch nichts gegenüber der bisherigen Befristungspraxis, er überwacht lediglich die Geltungsdauer der Arbeitserlaubnis, wie er bisher die an die Arbeitserlaubnis angepaßte Laufzeit des Fristvertrages überwacht. Für den Ausländer ist die Möglichkeit der fristlosen Kündigung nicht nachteiliger als ein nicht verlängerter Fristvertrag, und der unbefristete Arbeitsvertrag hat für ihn den Vorteil, daß er nicht u. U. durch eine aus sachfremden Gründen verweigerte Vertragsverlängerung ausscheiden muß. Die Eigenschaft des Arbeitnehmers als nicht EG-angehöriger Ausländer ist deshalb nicht als Sachgrund für eine Befristung anzusehen. Dem steht auch nicht entgegen, daß in bilateralen Vereinbarungen mit den Heimatländern eine Befristung vorgesehen ist[1371]. Diese Vereinbarungen sind nämlich dahingehend zu verstehen, daß der Arbeitnehmer für eine bestimmte Vertragsdauer unkündbar sein soll. Diese Anforderung kann auch durch Vereinbarung einer Mindestdauer[1372] bei der Anwerbung erfüllt werden.

1371) Siehe MUSA, BB 1967, 39, unter II 2

1372) Dazu siehe oben 2. Teil A V

Unabhängig davon, ob der Arbeitsvertrag befristet ist oder nicht, könnte der Arbeitgeber unter Umgehung von Kündigungsschutzvorschriften eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses dadurch erreichen, daß er keine erneute Arbeitserlaubnis beantragt oder das Antragsformular nicht unterschreibt. HELDMANN[1373] nimmt deshalb eine klagbare Nebenpflicht des Arbeitgebers an, das seinerseits erforderliche zur Erteilung der Genehmigung zu tun. Dem ist zuzustimmen.

d) Auflösende Bedingung

Zu auflösend bedingten Arbeitsverträgen mit Ausländern siehe oben 2. Teil B II 2.

6. Hochschulbereich[1374]

Bei Arbeitsverhältnissen an Hochschulen kommen mehrere besondere Sachgründe in Betracht, nämlich Befristungen wegen "Fortbildungszwecks"[1375], befristete Arbeitsverhältnisse als Lebensgrundlage für eine sich nicht aus der geschuldeten Tätigkeit ergebende Fortbildung, Zeitverträge anläßlich von Austauschprogrammen und Befristungen von Lehrstuhlmitarbeitern bei vakantem Lehrstuhl. Eine nähere Erörterung dieses Spezialgebietes kann hier nicht erfolgen, weil diese sehr viel Raum

---

1373) BB 1975, 1306

1374) Hierzu insbesondere WIEDEMANN/PALENBERG, Die Zulässigkeit von Zeitarbeitsverträgen im öffentlichen Dienst, insbesondere im Hochschulbereich, RdA 1977, 85; BUCHNER, Der Zeitvertrag - Chancen oder Gefahren für die Hochschulen?, MittHV 1981, 125; RICHARDI, Die Bedeutung der Personalstruktur für die Befristung von Arbeitsverhältnissen im Hochschulbereich, DB 1981, 1461; JOBS/BADER, Der Befristete Arbeitsvertrag. Eine Darstellung anhand der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unter Einbeziehung spezieller Probleme aus dem Schul- und Hochschulbereich. DB Beilage 21/1981; PLANDER/SCHMIDT, Grenzen der Befristung von Anstellungsverhältnissen wissenschaftlicher Mitarbeiter, AuR 1979, 321.

1375) Synonyme: Weiterbildungszweck, Ausbildungszweck

beanspruchen würde[1376] und die zu findenden Ergebnisse für Arbeitsverhältnisse außerhalb des Hochschulbereichs weitgehend[1377] bedeutungslos wären.

II. Befristungen im Interesse des Arbeitnehmers

1. Befristungen auf Wunsch des Arbeitnehmers

Die "Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers" fehlt in keiner Zusammenstellung sachlicher Gründe. Richtigerweise handelt es sich aber nicht um eine Fallgruppe sachlicher Rechtfertigung, sondern es ist wegen fehlender Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers überhaupt kein Sachgrund erforderlich. Siehe hierzu oben 1. Teil B III 2.

2. Weiterbeschäftigung aus sozialen Gründen

a) Allgemeines

Unstreitig zulässig ist eine Befristung, die sich an einen aus einem anderen Sachgrund gerechtfertigten Zeitvertrag oder an ein wirksam beendetes unbefristetes Arbeitsverhältnis[1378] an-

---

1376) Dies auch deshalb, weil tarifliche Vorschriften (Sonderregelung 2 y des Bundesangestelltentarifs) hierbei von großer Bedeutung sind.

1377) Nur ein zum Fortbildungszweck ergangenes Urteil des BAG betrifft eine Tätigkeit außerhalb des Hochschulbereichs (Urt. vom 31.10.74, 2 AZR 483/73, AP Nr. 39 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; der Kläger war Physiker an einem Kernforschungszentrum)

1378) Eine Befristung aus sozialen Gründen nach Beendigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses wird angesprochen vom Großen Senat des BAG, Beschluß vom 12.10.60, GS 1/59 (3 AZR 65/56), unter C 3, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 4R; siehe ferner die Nachweise unten bei b.

schließt und eine Obergangsregelung[1379] aus sozialen Gründen darstellt. Dies wird zutreffend damit begründet, daß es sinnwidrig wäre, dem Arbeitnehmer die Möglichkeit einer "Oberbrükkungshilfe" zu versagen, wenn der Arbeitgeber berechtigterweise die Weiterbeschäftigung verweigern kann[1380].

Darin, daß Interessen des Arbeitnehmers für den Abschluß des (befristeten) Arbeitsvertrags maßgeblich sind, liegt eine gewisse Parallele zur Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers[1381]. Der entscheidende Unterschied besteht aber darin, daß bei Befristungen auf Wunsch des Arbeitnehmers der Arbeitnehmer gerade die befristete Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses wünscht, während bei Weiterbeschäftigung aus sozialen Gründen dem Arbeitnehmer eine unbefristete Weiterbeschäftigung lieber wäre als die Befristung.

b) Einzelne Anwendungsfälle

Am häufigsten genannt wird die befristete Weiterbeschäftigung zu dem Zweck, dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, in Ruhe nach einem anderen Arbeitsplatz zu suchen[1382]. Hierzu können auch

---

1379) Diesen Oberbegriff gebrauchten KR-HILLEBRECHT (§ 620 BGB Rdnr. 177) und KOCH (BB 1978, 1218 (1222) , unter 4.3, bei Fn. 98).

Von "Oberwindung von Obergangsschwierigkeiten" sprechen die Entscheidungen des BAG vom 12.10.60, a. a. O. (Fn. 1378), vom 19.8.81, 7 AZR 252/79, unter II 3, DB 1982, 123 (124); vom 30.9.81, 7 AZR 467/79, unter 4 b;
ebenso HUECK, ArbR I, § 55 III 6, S. 537, Fn. 39; WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (93), unter II 4 a; JOBS/BADER, DB Beilage 21/1981, unter II 6, S. 4.

1380) WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (91), unter II 1 e

1381) Hierzu oben 1. Teil B III 2

1382) BAG Urt. vom 7.3.80, 7 AZR 177/78, unter I 5, AP Nr. 54 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 5; 19.8.81, 7 AZR 252/79, unter II 3 und Leitsatz 3, DB 1982, 123; 30.9.81, 7 AZR 467/79, unter 4 b. Alle diese BAG-Urteile betreffen wissenschaftliche Universitätsangestellte nach Beendigung des Promotionsverfahrens. Ferner WIEDEMANN/PALENBERG RdA 1977, 85 (91), unter II 1 e; JOBS/BADER, DB Beilage 21/1981, unter II 6, S. 4.
Für die Ausgestaltung als auflösende Bedingung: STAUDINGER/NEUMANN § 620 BGB Rdnr. 21

Zeitverträge mit ausgebildeten Arbeitnehmern nach Abschluß der Ausbildung zu rechnen sein, wenn der Arbeitgeber nicht alle seine Lehrlinge auf Dauer weiterbeschäftigen kann[1383]. Ebenfalls zu diesen Fällen zu rechnen ist die des öfteren in der Literatur genannte befristete Weiterbeschäftigung nach wirksamer Kündigung, solange es die Geschäftslage zuläßt[1384].

Bei der zweitwichtigsten Fallgruppe, die vor allem an Hochschulen von großer praktischer Bedeutung ist, handelt es sich um die Gewährung von Gelegenheit zum Erwerb einer noch fehlenden Qualifikation[1385]. Dies kann z. B. der Abschluß eines

---

1383) Als Sachgrund anerkannt vom LAG Frankfurt, Urt. vom 8.8.77, 11/6 Sa 309/77, nicht veröff.; EICH, DB 1978, 1785; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 144.

Ob es sich hierbei um eine Befristung aus sozialen Gründen handelt, hängt davon ab, ob für die Befristung Arbeitgeberinteressen maßgeblich sind - z. B. Aufarbeiten eines Auftragsstaus oder weitere Erprobung des Arbeitnehmers -, oder aber Arbeitnehmerinteressen, nämlich eine Obergangszeit zur Stellensuche bzw. der Vorteil eines höheren Arbeitslosengeldes, als wenn die Arbeitnehmer sich gleich nach der Ausbildung arbeitslos melden müßten. Eine Befristung aus sozialen Gründen ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber alle seine bisherigen Auszubildenden zunächst befristet und nicht nur so viele, wie er nicht weiterbeschäftigen kann. (Wenn alle bisherigen Lehrlinge durch eine solche Befristung dazu veranlaßt werden, nach einem anderen Arbeitsplatz zu suchen, sind die Aussichten besser, daß letztlich keiner arbeitslos wird. Allerdings wird der Arbeitgeber sich i. d. R. die Leistungsstärksten durch unbefristeten Arbeitsvertrag sichern und nur die anderen befristen).

1384) NIKISCH, ArbR I, S. 675; HUECK, ArbR I, § 55 III 6, S. 537, Fn. 39; PALME, BlStSozArbR 1970, 268 (270f.). Die Besonderheit gegenüber den bei Fn. 1382 genannten Fällen liegt nur darin, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht von vornherein einen festen Zeitraum für die Stellensuche (bzw. im Fall der Erfolglosigkeit der Stellensuche für die Verkürzung der Zeitspanne der Arbeitslosigkeit) zur Verfügung stellt, sondern daß der Arbeitgeber Kettenverträge abschließt und die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses von der Geschäftslage abhängig macht. Da dieses Vorgehen für den Arbeitnehmer immer noch besser ist als Arbeitslosigkeit, müssen auch sehr kurze Laufzeiten der Fristverträge toleriert werden. Vgl. unten c zur Rechtfertigung der Dauer der Befristung.

1385) Diese Fallgruppe wird genannt von WIEDEMANN/PALENBER, RdA 1977, 85 (91), unter II 1 e.

Promotionsverfahrens[1386] sein, oder eine Vorbereitungsphase für eine Tätigkeit außerhalb der Universität[1387].

Auch eine Weiterbeschäftigung bis zum Erwerb eines Rentenanspruchs kommt in Betracht[1388].

Bei einer Ausgestaltung als auflösende Bedingung wird i. d. R. nicht der hier erörterte Sachgrund, sondern eine Befristung (i. w. S.) auf Wunsch des Arbeitnehmers[1389] vorliegen[1390]. Eine solche Befristung ist für den Beschäftigten nämlich so günstig, daß sie von ihm selbst gewünscht werden wird: Tritt das beendende Ereignis - z. B. Dienstantritt in einem neuen Arbeitsverhältnis, Ausreise zur Auswanderung[1391] - nicht ein, so behält der Arbeitnehmer sein bisheriges Arbeitsverhältnis, und tritt es ein, so wird er zu einem für ihn optimalen Zeitpunkt seiner dann nur hinderlichen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen ledig.

c) Dauer der Befristung ist stets gerechtfertigt

Nach JOBS/BADER[1392] ergibt sich die sachliche Rechtfertigung der Dauer schon daraus, daß das Angebot des Arbeitgebers zum Vertragsabschluß nur sozial motiviert ist. Dem ist zuzustimmen.

1386) Als Sachgrund anerkannt vom BAG im Urteil vom 22.3.73, 2 AZR 274/72, unter 4 c, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1387) BAG-Urteile vom 19.8.81 und vom 30.9.81, a. a. O. (Fn. 1382). Hierbei ist insbesondere an den Erwerb spezieller Fachkenntnisse zu denken, die für die in Aussicht genommene neue Tätigkeit erforderlich sind.

1388) KOCH, BB 1978, 1218 (1222), Fn. 98. KOCH beruft sich hierbei auf BAG Urt. vom 24.5.61, 4 AZR 102/60, AP Nr. 18 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Bei diesem Urteil ergibt sich die Zulässigkeit der Befristung aber bereits aus Tarifvertrag, weshalb der Senat nicht auf den hier diskutierten Sachgrund eingegangen ist und auch nicht einzugehen brauchte.

1389) Hierzu oben 1. Teil B III 2

1390) Anders, wenn neben der auflösenden Bedingung eine zusätzliche Befristung i. e. S. vereinbart ist.

1391) Diese Fälle werden von STAUDINGER/NEUMANN, § 620 BGB Rdnr. 21, als Beispiele für zulässige auflösende Bedingungen genannt.

1392) DB Beilage 21/1981, unter II 6, S. 4

Jegliche Restriktion in diesem Punkt könnte sich nur zum Nachteil der Arbeitnehmer auswirken. Deshalb sind auch Kettenverträge, selbst bei sehr kurzen Laufzeiten, zu tolerieren[1393].

3. Vom Arbeitnehmer gewünschte besondere Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses als zeitlich begrenzte Ausnahme

Eine Teilzeitbeschäftigung von Beamten ist nicht ohne weiteres zulässig[1394], da der Beamte sich nach § 33 V GG mit voller Hingabe dem öffentlichen Dienst zu widmen hat. Wenn ein Beamter seine Tätigkeit als Teilzeitbeschäftigung ausüben will, ohne daß hierfür besondere beamtenrechtliche Voraussetzungen vorliegen, so ist dies nur im Angestelltenverhältnis möglich. Bei Beamten, die Lehrer sind, ist aber andererseits zu beachten, daß Lehrer grundsätzlich als Beamte zu beschäftigen sind und eine Einstellung als Angestellte nur als Ausnahme möglich ist[1395]. Das BAG[1396] hat es deshalb als zulässig angesehen,

---

1393) Vgl. Fn. 1384.

1394) Die Möglichkeit der Teilzeitbeschäftigung für Beamte ist allerdings durch das 3. Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 10.5.1980, BGBl. I, S. 561, erheblich ausgeweitet worden. Beamte, die Kinder zu betreuen haben, können Teilzeitarbeit leisten, bis die Kinder 18 (früher: 16) Jahre alt sind, und die Teilzeittätigkeit darf maximal 15 (früher: 12) Jahre dauern. Vor allem aber enthält das Gesetz eine auf Lehrer abzielende Sonderregelung: Beamten einer Fachrichtung, die nahezu ausschließlich im öffentlichen Dienst beschäftigt wird, kann bei dringendem beschäftigungspolitischen öffentlichen Interesse bis zu acht Jahren Teilzeitbeschäftigung bis zur Hälfte der Arbeitszeit bewilligt werden, ohne daß weitere Voraussetzungen vorzuliegen brauchen. Aufgrund einer Änderung des Beamtenrechtsrahmengesetzes können die Länder in den Landesbeamtengesetzen die erweiterte Teilzeitbeschäftigung auf Landes- und Gemeindeebene einführen. Siehe zu dieser Rechtsänderung RÜPER, Teilzeitarbeit im öffentlichen Dienst, NJW 1980, 1779.

1395) BAG Urt. vom 16.12.57, 3 AZR 92/55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, Bl. 1R; 22.9.61, 1 AZR 36/60, unter 2 c, AP Nr. 20 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R. Siehe ferner die Nachweise bei OTTE, S. 110, Fn. 2, dazu, daß Lehrer grundsätzlich ins Beamtenverhältnis zu berufen sind.

1396) Urt. vom 22.9.61, a. a. O. (Fn. 1395); zustimmend JOBS/BADER, DB Beilage 21/1981, unter III 2 b, S. 5, bei Fn. 74.

bei einer von einer Lehrerin zum Zweck einer Teilzeitbeschäftigung gewünschten Obernahme in ein Angestelltenverhältnis das Arbeitsverhältnis zu befristen, um hierdurch den Ausnahmecharakter dieser Regelung von vornherein zeitlich sicherzustellen.

Der Bejahung eines Sachgrundes durch das BAG ist zuzustimmen, da andernfalls Beamten in derartigen Fällen die von ihnen gewünschte Teilzeitbeschäftigung vermutlich nicht gewährt würde. Obwohl die Befristung selbst vom Arbeitnehmer nicht gewünscht wird[1397], handelt es sich um eine Befristung im Interesse des Arbeitnehmers[1398], denn die Vereinbarung des befristeten Teilzeitarbeitsverhältnisses statt des bis dahin bestehenden Beamtenverhältnisses ist allein wegen Arbeitnehmerinteressen erfolgt.

Dieser Sachgrund für die Befristung von Lehrern im Teilzeitarbeitsverhältnis kann aufgrund der zugrunde liegenden Interessen verallgemeinert werden. Eine Befristung ist sachlich gerechtfertigt, wenn es sich um eine besondere, unübliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses handelt, und der Arbeitgeber zu dieser Ausgestaltung nur als - auf die Laufzeit des Fristvertrages zeitlich begrenzte - Ausnahme bereit ist.

III. Drittinteressen

Im Zusammenhang mit der befristeten Beschäftigung neu eingestellter Lehrer ist in letzter Zeit die Frage wieder aktuell geworden, ob auch andere Interessen als diejenigen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Befristung rechtfertigen können.

1397) Der Arbeitnehmer nimmt die Befristung nur in Kauf, um die von ihm gewünschte Ausnahme, zu der der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, gewährt zu erhalten. Deshalb ist die Fallgruppe "Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers" (zu dieser oben 1. Teil B III 2) nicht einschlägig.

1398) Auch JOBS/BADER (DB Beilage 21/1981, unter III 2 b, S. 5) bezeichnen diesen Fall als "im alleinigen Interesse des Arbeitnehmers" liegend.

Die Zeitverträge mit Lehrern wurden nämlich u. a. damit begründet, daß bei einer Obernahme dieser Bewerber in das Beamtenverhältnis oder bei unbefristeter Beschäftigung spätere Bewerberjahrgänge wegen der rückläufigen Schülerzahlen kaum Einstellungschancen hätten.

1. Rechtsprechung

In einem Urteil von 1961[1399)] hat der 2. Senat des BAG eine sachliche Rechtfertigung für die befristete Beschäftigung eines Studenten bei der Lottoauswertung auch wegen des Interesses der gesamten Studentenschaft daran anerkannt, daß die Arbeitsplätze nicht nach Beendigung des Studiums behalten werden können, sondern anderen bedürftigen Studenten verbleiben. Hierauf nimmt der gleiche Senat in einem Urteil von 1969[1400)] zustimmend Bezug.

Wiederum der 2. Senat ist 1970[1401)] hiervon abgewichen, allerdings ohne die frühere Rechtsprechung ausdrücklich aufzugeben. In dem entschiedenen Fall war eine mit einem Oberamtsrichter verheiratete Lehrerin lediglich befristet eingestellt worden, um die Einstellungschancen künftiger Hochschulabsolventen zu verbessern und weil die Arbeitnehmerin durch ihren Ehemann versorgt sei und durch den Arbeitsplatzverlust nicht so hart getroffen werde wie künftige Bewerber durch Nichteinstellung. Das Gericht hat einen Sachgrund verneint. Es komme "nur auf die ... Verhältnisse der Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses an", und es sei "kein sachlich gerechtfertigter Grund,

---

1399) vom 28.9.61, 2 AZR 97/61, unter III 2, AP Nr. 21 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (mit Anm. von ZÖLLNER, der es - unter 2. - als nicht unbedenklich bezeichnet, daß das BAG die sachliche Rechtfertigung auch aus Gesamtinteressen der Studentenschaft herleitet)

1400) BAG Urt. vom 27.3.69, 2 AZR 302/68, AP Nr. 31 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 1R. Das Gericht referiert das frühere Urteil und führt dazu aus: "Hier kommt ein solches Drittinteresse nicht in Betracht ...".

1401) BAG Urt. vom 3.7.70, 2 AZR 380/69, unter 3 b, AP Nr. 33 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

wenn ein Arbeitsverhältnis im Interesse Dritter, die keine konkreten Beziehungen zu dem Arbeitsplatz haben, befristet wird". Wolle man das Argument des Landes anerkennen, daß ein sozial schlechter stehender Bewerber auftreten könnte, "so würde das letztlich die Befristung jedes Vertrages rechtfertigen".

Auch aus dem Kernforschungs-Urteil von 1974[1402] ergibt sich, daß der 2. Senat Drittinteressen nicht mehr anerkennt, denn in dieser eine Befristung wegen Fortbildungszwecks betreffenden Entscheidung wird eigens betont, daß die Befristung "allenfalls mittelbar auch im Interesse Dritter, nämlich zukünftiger Hochschulabsolventen", erfolgt sei, weshalb die Anerkennung eines Sachgrundes nicht im Widerspruch zu dem Lehrerinnen-Urteil vom 3.7.70 stehe[1403].

Zuletzt hat der 2. Senat seine Rechtsprechung in den Urteilen vom 14.1.82[1404] zur Befristung hessischer Lehrer bestätigt. Das Argument des Landes, es habe eine Fürsorgepflicht gegenüber künftigen Lehramtsbewerbern, weshalb es nicht alle Planstellen unbefristet besetzen könne, wird in diesen Urteilen ebenso wenig als Sachgrund anerkannt, wie das Interesse an einem kontinuierlichen Altersaufbau[1405].

1402) BAG Urt. vom 31.10.74, 2 AZR 483/73, unter I 2 d, AP Nr. 39 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R und 3.

1403) WIEDEMANN/PALENBERG (RdA 1977, 85 (91)) mißverstehen diese Ausführungen des Gerichts als Hilfsbegründung. KR-HILLEBRECHT (§ 620 BGB Rdnr. 147) interpretiert diese Passage in der von mir dargelegten Weise. (Bei FENN, Anm. AP Nr. 39 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, ist entgegen den Ausführungen von HILLEBRECHT dieses Mißverständnis nicht aufgetreten).

1404) 2 AZR 245/80, unter II 4, NJW 1982, 1475 (1477f.), unter ausdrücklichem Hinweis auf das Urteil vom 3.7.70 (siehe Fn. 1401); 2 AZR 254/81, unter III 4 (wörtliche Übereinstimmung mit II 4 der Gründe des Urteils 2 AZR 245/80, deshalb Abdruck in NJW 1982, 1478f. ohne die einschlägige Passage). Ebenso das Urteil vom 31.10.74, 2 AZR 145/80, AP Nr. 64 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Leitsätze in RdA 1982, 323f.

1405) Auch das LAG Baden-Württemberg hat die Berücksichtigung von Interessen Dritter abgelehnt: Urt. vom 27.4.79, 5 Sa 18/79, unter b, JZ 1979, 649 (650)

2. Literatur

REUTER[1406] vertritt die Ansicht, daß jeder vernünftige Anlaß als Sachgrund ausreichen müsse[1407], und daß ein solcher Anlaß auch gegeben sei, wenn für spätere sozial bedürftige Hochschulabsolventen Planstellen freigehalten werden sollen. WIEDEMANN/PALENBERG[1408] sehen keinen Grund, warum Drittinteressen nicht berücksichtigt werden sollten. Nach MünchKomm-SCHWERDTNER[1409] erscheint es fraglich, ob Drittinteressen so rigoros eliminiert werden dürfen, wie dies in dem BAG-Urteil von 1970 geschehen sei. FENN[1410] will bei der Frage des Freihaltens von Stellen für künftige Hochschulabsolventen die Drittinteressen zwar berücksichtigen, ist aber der Meinung, daß die ebenfalls auf einen Dauerarbeitsplatz gerichteten Interessen der gegenwärtigen Bewerber Vorrang haben, so daß dem genannten Urteil im Ergebnis zuzustimmen sei. HILLEBRECHT[1411] stimmt der Auffassung von FENN zu.

Ein Teil der Literatur[1412] lehnt die Berücksichtigung von Drittinteressen ausdrücklich ab. OTTE begründet dies damit, daß andernfalls "der Bestandsschutz ... in kaum zu kontrollierender Weise unterlaufen würde", weil die Arbeitgeber immer das Bestreben hätten, bei der Stellenbesetzung möglichst flexibel zu bleiben[1413].

1406) Anm. EzA Nr. 5 zu § 305 BGB, unter 2

1407) Vgl. dazu auch oben 1. Teil A II 5 b

1408) RdA 1977, 85 (88), unter I 2 a

1409) § 620 BGB Rdnr. 42

1410) Anm. AP Nr. 33 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter 4, Bl. 3R

1411) KR § 620 BGB Rdnr. 146

1412) OTTE (siehe Fn. 1413); ferner MACHE, BB 1981, 243 (245), unter V; WALZ, ZRP 1978, 77 (78f.); SCHRÖTER, S. 156 und 170 (SCHRÖTER, S. 170, ist aber andererseits im Lotto-auswertungsfall - siehe hierzu oben bei und in Fn. 1399 - der Ansicht, die Studenten hätten sich die Interessen der Studentenschaft als eigene zurechnen lassen müssen).

1413) S. 16; die endgültige Ablehnung der Berücksichtigung von Drittinteressen ergibt sich erst im Zusammehang mit S. 19 Nr. 2 und S. 157-168. Im gleichen Sinne SCHRÖTER auf S. 156: Mit dem Hinweis auf Drittinteressen "wäre schließlich jede Befristung zu rechtfertigen".

3. Stellungnahme

a) Drittinteressen, die zugleich ein Arbeitgeberinteresse begründen

Auf die Frage, ob sich ein Sachgrund aus Drittinteressen ergeben kann, kommt es nicht an, wenn die Drittinteressen zugleich ein Arbeitgeberinteresse begründen und dieses gewichtig genug ist, um einen Sachgrund zu bejahen.

Bei Befristungen im öffentlichen Dienst ist ein Drittinteresse immer dann zugleich ein Arbeitgeberinteresse, wenn es dem öffentlichen Interesse entspricht. Dies folgt daraus, daß die öffentlichen Körperschaften dem Gemeinwohl verpflichtet sind. Deshalb hat FENN in seiner Anmerkung[1414] zu dem Lehrerin-Urteil des BAG von 1970 zu Recht[1415] die Ansicht vertreten, daß die Interessen der künftigen Hochschulabsolventen zugleich als vernünftige und billigenswerte Interessen der Schulverwaltung zu berücksichtigen seien. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß ein ausreichender Sachgrund vorliegt, sondern es ist lediglich die Einbeziehung dieses Interesses in die Interessenabwägung eröffnet. FENN hat dem Interesse des gegenwärtigen Bewerbers an unbefristeter Einstellung größeres Gewicht beigemessen als dem "recht diffusen vorvertraglichen Erwartungsverhältnis". Dem ist zuzustimmen, weil auch der Gesetzgeber dem Bestandsschutz Vorrang gegenüber den Interessen späterer Bewerber gibt[1416]. Hinzu kommt die Oberlegung, daß ein "Gleichheitssatz in der Zeit"[1417], also eine Gleichbehandlung verschiedener Generationen, ohnehin nicht realisierbar ist: Man denke etwa an unterschiedliche wirtschaftliche Umstände (Hochkonjunktur oder Wirtschaftskrise) oder gar politische "Rahmen-

---

1414) AP Nr. 33 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1415) A. A. OTTE, S. 154 - 156 und S. 157f. unter II. OTTE lehnt eine solche mittelbare Berücksichtigung von Drittinteressen ab, weil man hierdurch den Arbeitnehmerschutz aushebeln könne.

1416) Siehe dazu oben 1. Teil A II 5 b

1417) Diesen Ausdruck gebrauchen WIEDEMANN/PALENBERG, RdA 1977, 85 (88), unter I 2 a

bedingungen", etwa einen Krieg. Und zu bedenken ist auch, daß Nachteilen für spätere Generationen auch Vorteile auf anderem Gebiet gegenüberstehen können, etwa schlechteren Einstellungschancen ein höherer Lebensstandard[1418].

Demnach können Drittinteressen zwar ein eigenes Interesse eines öffentlichen Arbeitgebers an einer Befristung begründen, aber nur, wenn dieses Interesse besonders gewichtig ist, reicht es für eine sachliche Rechtfertigung von Befristungen aus.

Allerdings kann bei der Befristung von Lehrern noch ein anderes öffentliches Interesse als die "Erwartungen" späterer Bewerber zu berücksichtigen sein, nämlich das Interesse an einem gleichmäßigen Altersaufbau der Lehrerschaft. Das BAG[1419] hat hierin keinen sachlichen Grund gesehen, sondern ausgeführt, es würde dem Erstarken des Bestandsschutzes des Arbeitsverhältnisses mit zunehmendem Alter des Arbeitnehmers "widersprechen, einen durch das höhere Alter des jeweils beschäftigten Lehrers beeinflußten ungünstigen Aufbau der Lehrerschaft zum Anlaß zu nehmen, das Arbeitsverhältnis von vornherein zu befristen... Die Zulassung der Befristung zur Sicherung eines gesunden Altersaufbaues würde letztlich die Befristung eines jeden Arbeitsvertrages rechtfertigen, denn jeder Arbeitnehmer beeinflußt nach einer gewissen Dauer seines Arbeitsverhältnisses die Altersstruktur der Belegschaft im Sinne eines Oberwiegens älterer Arbeitnehmer". Dieser Ablehnung eines Sachgrundes "Altersaufbau" dürfte zwar grundsätzlich zu folgen sein. Jedoch hat im Erziehungswesen - wie auch in der Wissenschaft - das Nachführen "frischen Blutes" eine besondere Bedeutung. Deshalb sollte die Befristung von Lehrern in begrenztem Umfang zugelassen werden, wenn feststeht, daß andernfalls über viele Jahre die Einstellung neuer Bewerber ausgeschlossen wäre.

1418) Beispielsweise haben die heutigen Sozialhilfesätze für eine Familie mit Kindern mit Sicherheit eine größere Kaufkraft als der Durchschnittsverdienst in der Nachkriegszeit.

1419) Urteile vom 14.1.82, a. a. O. (Fn. 1404), unter II 4 b bb bzw. III 4 b bb

Eine als Sachgrund anerkannte Fallgruppe, bei der Drittinteressen zugleich ein Arbeitgeberinteresse darstellen und dieses Interesse ausreichend stark ist, um Befristungen zu rechtfertigen, ist der Fortbildungszweck[1420]. Beim Fortbildungszweck ist wegen der Eigenart der betreffenden Arbeitsplätze ein besonderes Gewicht des Arbeitgeberinteresses gegeben, weil sowohl für den jetzigen als auch einen späteren Bewerber vorrangig ein Fortbildungseffekt angestrebt wird, und durch Befristung dieser Erfolg für beide erreichbar ist[1421]. Der Versorgungseffekt von Arbeitsplätzen mit Weiterbildungsfunktion tritt demgegenüber zurück. Anders bei der Konkurrenz zwischen jetzigen und künftigen Lehramtsbewerbern: Beide streben eine Versorgung auf Dauer an, aber nur einer kann sie erhalten. Hier muß der frühere Bewerber aus den genannten Gründen Vorrang haben, wenn nicht weitere Gesichtspunkte hinzutreten.

b) Sonstige Drittinteressen

Wenn das Drittinteresse sich nicht zugleich als Arbeitgeberinteresse darstellt, ist der Verdacht sehr naheliegend, daß der Arbeitgeber dieses Motiv für die Befristung nur vorschiebt. Ein solches Vorschieben ist nicht schwierig, da praktisch immer Dritte ein Interesse daran haben, daß der Arbeitsplatz bald wieder frei wird[1422]. Diese kaum zu beherrschende Gefahr des Ausuferns spricht dafür, bloße Drittinteressen nicht als Sachgrund anzuerkennen.

1420) Vgl. oben I 6

1421) Beim Fortbildungszweck neigt sich die Waagschale auch deshalb - und m. E. nur dann - zu Gunsten der Zulässigkeit einer Befristung, weil für den Arbeitnehmer besondere Vorteile mit dem Arbeitsverhältnis verbunden sind, die ein Gegengewicht zu dem Nachteil der Befristung darstellen.

1422) So auch SCHRÖTER, S. 156. Ähnlich BAG Urt. vom 3.7.70, 2 AZR 380/69, und FENN in seiner Anm. zu diesem Urteil, AP Nr. 33 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 5.

4. TEIL: SACHLICHER GRUND HINSICHTLICH DER DAUER DES BEFRISTETEN ARBEITSVERHÄLTNISSES

Mit der Feststellung, daß eine anerkannte Fallgruppe eingreift und auch nicht im Einzelfall gegebene besondere Interessen[1423] zu einer von dieser Fallgruppe abweichenden Bewertung führen, ist erst entschieden, daß ein sachlicher Grund dafür besteht, das Arbeitsverhältnis überhaupt zu befristen. Der 7. Senat des BAG bezeichnet dies als sachliche Rechtfertigung "dem Grunde nach"[1424]. Das Vorliegen eines Sachgrundes ist jedoch doppelt zu prüfen: Auch die Dauer des befristeten Arbeitsvertrages muß sachlich gerechtfertigt sein.

Eine gründliche Auswertung von Rechtsprechung und Literatur unter dem Aspekt der als zulässig erachteten Befristungsdauer wäre wünschenswert, kann aber hier aus Raumgründen nicht geleistet werden. Ich muß mich auf einen Oberblick über die Problematik beschränken.

Siehe zur Rechtfertigung der Dauer der Befristung auch die Ausführungen im 3. Teil, und zwar insbesondere unter I 1 c (passim) für Aufgaben von begrenzter Dauer und unter I 4 a ff für Probearbeitsverhältnisse.

A. Erforderlichkeit eines Sachgrundes für die Dauer

I. Rechtsprechung

Die Frage der zulässigen Dauer ist ein relativ neues Problem bei Fristverträgen. Das BAG hat 1963[1425] - zu einem befriste-

---

1423) Siehe hierzu oben 1. Teil C II 4

1424) Urt. vom 7.3.80, 7 AZR 177/78, unter I 5, AP Nr. 54 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 5

1425) Urt. vom 28.11.63, 2 AZR 140/63, Leitsatz 1 und unter 2. der Gründe, AP Nr. 26 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

ten Probearbeitsvertrag - erstmals ausdrücklich[1426] ausgesprochen, daß für die Frage der sachlichen Rechtfertigung auch zu prüfen ist, ob nicht die vereinbarte Dauer der Befristung unangemessen lang war.

Grundlegend in dieser Frage war dann erst ein Urteil von 1976, in dem das BAG folgendes ausführt[1427]: "Allerdings muß die sachliche Berechtigung einer Befristung auch hinsichtlich der Dauer gegeben sein. Die von den Parteien vereinbarte Dauer eines Arbeitsverhältnisses ist an den Sachgründen für die Befristung zu orientieren. Es muß also im konkreten Einzelfall bereits bei Abschluß des jeweiligen Vertrages ersichtlich sein, daß auch die Zeitdauer des Vertrages sachlich gerechtfertigt ist. Dabei haben generelle Merkmale den Ausgangspunkt zu bilden, und zwar in der Weise, daß auf die Oblichkeit im Arbeitsleben abzustellen ist; diese Oblichkeit muß nach Auffassung verständiger und verantwortungsbewußter Vertragspartner berechtigt sein. Die Umstände des Einzelfalles gewinnen Bedeutung, wenn die damit verbundenen Interessen ein solches Gewicht haben, daß es geboten ist, sie vor den generellen Umständen zu berücksichtigen"[1428].

1426) "Vorläufer" dieses Urteils finden sich bereits seit 1961. Im Urteil vom 22.9.61 (1 AZR 36/60, unter 2 d, AP Nr. 20 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) ist das BAG erstmals auf dieses Problem aufmerksam geworden, hat damals aber dahinstehen lassen, ob eine sachliche Rechtfertigung auch bei längerer Dauer der Befristung gegeben wäre. Ferner macht das BAG in dem einen Probearbeitsvertrag betreffenden Urteil vom 8.3.62 (2 AZR 497/61, AP Nr. 22 a. a. O.) Ausführungen dazu, daß die betreffende Befristungslaufzeit erforderlich war. In diesem Urteil wird aber noch nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß ein Sachgrund auch hinsichtlich der Dauer erforderlich ist.

1427) Urt. vom 16.6.76, 2 AZR 630/74, unter 4, AP Nr. 40 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1428) Das BAG-Urteil vom 22.9.61, a. a. O. (Fn. 1426), hatte den Umständen des Einzelfalls eine größere Bedeutung zugemessen und unter 2 d zu der Frage, ob auch ein befristetes Arbeitsverhältnis von längerer Dauer zulässig gewesen wäre, nur folgendes ausgeführt: "Es wird hierbei auf die Umstände des einzelnen Falles abzustellen sein".

Zahlreiche weitere Urteile des BAG haben diese Formulierungen wörtlich übernommen[1429].

Die Ausführungen dieses Urteils zur Berücksichtigung von Umständen des Einzelfalls und der Oblichkeit entstammen wiederum wörtlich dem BAG-Urteil vom 22.3.1973[1430], das eine Änderung der Rechtsprechung zum "Einzelfall" begründete[1431].

Wenn die für die gerechtfertigte Dauer maßgeblichen Umstände in der Zukunft liegen, so ist die - gerichtlich nachprüfbare - Prognose des Arbeitgebers maßgeblich[1432].

II. Literatur

Die Literatur ist erst durch die Rechtsprechung auf das Problem aufmerksam geworden und folgt dieser darin, daß ein sachlicher Grund auch hinsichtlich der Dauer der Befristung gegeben sein muß[1433].

1429) BAG Urt. vom 2.8.78, 4 AZR 58/77, AP Nr. 46 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; 8.5.79, 6 AZR 527/77, unter 5., JZ 1981, 634 (635); vom 29.8.79, 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; vom 25.1.80, 7 AZR 69/78, unter 2., AP Nr. 52 a. a. O., Bl. 2; vom 7.3.80, 7 AZR 177/78, unter I 4, AP Nr. 54 a. a. O., Bl. 4; vom 19.8.81, 7 AZR 252/79, unter II, DB 1981, 123 (124); vom 30.9.81, 7 AZR 602/79, unter 2, AP Nr. 63 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; vom 30.9.81, 7 AZR 789/78, unter 2, AP Nr. 61 a. a. O. (in den beiden letztgenannten Urteilen wird nicht erwähnt, daß die Oblichkeit eine berechtigte sein muß).

1430) 2 AZR 274/72, Leitsatz 2, AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1431) Zu diesen Punkten siehe die Kritik oben im 1. Teil unter C II 4 b (a. E.) und c zum Einzelfall sowie unter C IV 2 zur Oblichkeit

1432) So die drei in Fn. 1429 zitierten Urteile des BAG vom 19.8.81 (unter 2) und vom 30.9.81 (bei beiden Urteilen unter 2.).

1433) WIEDEMANN, Festschrift LANGE, 1970, S. 395 (403); KREUTZ, ZfA 1977, 489; SCHAUB, Handbuch, § 39 I 2, S. 157.

III. Begründungen für die Einschränkung der zulässigen Höchstdauer

1. Rechtsprechung

Das BAG hat nur in einem Urteil begründet, warum die Dauer der Befristung für deren Zulässigkeit von Belang ist: "Mit zunehmender Dauer der Beschäftigung wächst die Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Es wird für ihn schwerer, anderweit Arbeit zu finden. Er ist mehr und mehr auf den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses angewiesen. Deshalb wird mit zunehmend längerer Betriebszugehörigkeit auch der Bestandsschutz eines Arbeitsverhältnisses immer ausgeprägter. Ebenso wächst auch die soziale Verantwortung des Arbeitgebers. Er muß nach langjähriger Beschäftigung bei einer ins Auge gefaßten weiteren Befristung besonders sorgfältig prüfen, ob nicht schutzwürdigere Interessen des Arbeitnehmers jetzt eine Dauerbeschäftigung gebieten"[1434].

Diese Argumente lassen sich nicht völlig von der Hand weisen, obwohl durchaus nicht in jedem Fall die Abhängigkeit zunimmt und die Berufschancen sich verringern. Es drängt sich aber der Einwand auf, daß der Arbeitgeber oftmals, wenn die "schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers" jetzt eine Dauerbeschäftigung gebieten, lieber das Arbeitsverhältnis auslaufen lassen und dafür einen anderen Arbeitnehmer befristet beschäftigen wird, als mit dem bisherigen Beschäftigten einen unbefristeten Arbeitsvertrag abzuschließen.

2. WIEDEMANN/PALENBERG

WIEDEMANN/PALENBERG[1435] begründen die Notwendigkeit von Restriktionen hinsichtlich der zulässigen Befristungsdauer damit, daß

1434) BAG Urt. vom 30.11.77, 5 AZR 561/76, unter II 2 b, AP Nr. 44 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1435) Die Zulässigkeit von Zeitarbeitsverträgen im öffentlichen Dienst, insbesondere im Hochschulbereich, RdA 1977, 85 (93)

im öffentlichen Dienst, auf den der Beitrag dieser Autoren sich bezieht, "nach Ablauf von mehreren Jahren" ein Vertrauensschutz eintrete. Auch BARWASSER[1436] stellt auf Vertrauensschutz "nach langjähriger Beschäftigung" ab. M. E. ist aber nicht einzusehen, daß sich ein Vertrauen auf Vertragsverlängerung aus der bloßen Dauer - unabhängig davon, ob diese Dauer durch Vertragsverlängerung zustandegekommen ist - ergeben soll.

3. Eigene Meinung

Trotz der oben genannten Bedenken ist eine Obergrenze der zulässigen Dauer von Befristungen anzunehmen, jedoch mit einer etwas anderen Begründung. Ein Zeitvertrag stellt gegenüber einem unbefristeten Arbeitsvertrag für den Arbeitgeber eine Erleichterung hinsichtlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses dar. Bei sehr langer Beschäftigungsdauer ist es dem Arbeitgeber eher zuzumuten, ohne diese Erleichterung auszukommen, und dem Arbeitnehmer sollen auch nicht für sehr lange Zeit die mit Befristungen verbundenen Nachteile zugemutet werden.

Allerdings wird sich eine Höchstdauer nicht selten im konkreten Einzelfall gegen den Arbeitnehmer wenden. Der Zweck einer solchen Obergrenze, die Arbeitgeberseite zu unbefristeten Verträgen zu drängen, wird nämlich sicherlich in manchen Fällen nicht erreicht, und der Arbeitgeber verzichtet dann lieber auf den Arbeitnehmer als ihn unbefristet zu beschäftigen.

Alle genannten Argumente passen aber nur für eine Höchstgrenze der Dauer, nicht jedoch für eine Abwehr zu kurzer Laufzeiten. Hierzu siehe unten C.

1436) DB 1977, 1944 (1946), unter VI

IV. Erforderliche Intensität der sachlichen Rechtfertigung der Dauer

Wenn der Arbeitnehmer trotz der Befristung kündigen kann, sind an den Sachgrund für die Dauer des befristeten Arbeitsvertrages geringere Anforderungen zu stellen als an die sachliche Begründung dafür, ein Arbeitsverhältnis überhaupt zu befristen. Die Interessen des Arbeitnehmers werden dann nämlich in erster Linie dadurch tangiert, daß das Arbeitsverhältnis überhaupt befristet wird, da hierdurch zahlreiche für unbefristete Arbeitsverhältnisse geltende Schutzvorschriften nicht anwendbar sind. Man wird also auch ein nicht sehr starkes berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an einer für den Arbeitnehmer ungünstigen Regelung ausreichen lassen können.

B. Höchstzulässige Dauer

I. Maßgeblich ist die Gesamtdauer des auf befristeten Arbeitsverträgen beruhenden Arbeitsverhältnisses

Nach dem unter A III angetippten Sinn und Zweck einer Obergrenze für die Dauer von Befristungen ist bei einer Verkettung hinsichtlich der Höchstdauer nicht auf die Laufzeit der Einzelverträge, sondern auf die Gesamtdauer des auf Fristverträgen beruhenden Arbeitsverhältnisses abzustellen[1437]. Eine lange Dauer des auf Befristungen beruhenden Arbeitsverhältnisses, die auf mehreren aneinander anschließenden Fristverträgen beruht, ist nämlich keinesfalls weniger bedenklich als ein einzelner befristeter Arbeitsvertrag mit der gleichen Dauer.

1437) LAG Frankfurt, Urt. vom 17.1.78, 9 Sa 698/77, AuR 1979, 61

II. Bemessung der Höchstdauer

1. Literatur

In der Literatur haben sich vor allem WIEDEMANN/PALENBERG (für den Sonderfall von Befristungen im öffentlichen Dienst) mit der Frage der höchstzulässigen Dauer befaßt. Diese Autoren wollen in diesem Bereich die Fünfjahresgrenze der Protokollnotiz 2 zu Nr. 1 der Sonderregelung 2 y Bundesangestelltentarif auch außerhalb des BAT anwenden[1438]. Dies ist jedoch als faktische Ausdehnung des Geltungsbereichs des BAT abzulehnen.

KOCH[1440] will diese Obergrenze in Anlehnung an WIEDEMANN/PALENBERG nicht nur im öffentlichen Dienst, sondern - von nicht näher bezeichneten "Sonderfällen" abgesehen - ganz generell anwenden, wobei für weniger qualifizierte Tätigkeiten die zulässige Dauer noch geringer sein soll.

Unter besonderen Umständen, nämlich wenn die Tätigkeit den Arbeitnehmer in eine "berufliche Sackgasse" führt (z. B. wenn der Arbeitnehmer ausschließlich mit Lehrveranstaltungen für Studienanfänger beschäftigt wird) scheinen WIEDEMANN/PALENBERG[1441] mit beachtlichen Argumenten bereits eine befristete Beschäftigung von mehr als zwei Jahren Dauer als unzulässig anzusehen.

2. Rechtsprechung

Anders als die genannten Literaturstimmen hat sich die Rechtsprechung nicht auf eine bestimmte Höchstgrenze der zulässigen Dauer festgelegt.

1438) RdA 1977, 85 (93), Fn. 32

1440) BB 1978, 1218 (1221)

1441) RdA 1977, 85 (94)

1977 hat das BAG[1442] im Fall eines Rundfunksprechers für eine Fremdsprache, der wegen der Befürchtung abnehmender Aktualität seines Wortschatzes befristet worden war, entschieden, daß nach achtjähriger Beschäftigung des Arbeitnehmers eine lediglich abstrakte und nicht durch auf den betreffenden Arbeitnehmer bezogene Tatsachen belegte Besorgnis nicht mehr als Sachgrund ausreicht.

Diesem Urteil ist einerseits zu entnehmen, daß nach Ansicht des erkennenden Senats bei acht Jahren Beschäftigungsdauer Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit bestehen, und zwar wohl nicht nur bei dem hier vorliegenden Sachgrund der Befürchtung abnehmender Eignung[1443]. Andererseits soll auch nach acht Jahren eine Befristung nicht stets unzulässig sein, denn im Fall einer konkret begründeten Besorgnis hätte das BAG keine Bedenken gehabt.

Ein Urteil des BAG von 1971[1444] zeigt, daß jedenfalls bei entsprechenden tariflichen Regelungen selbst eine sehr viel längere Laufzeit zulässig sein kann. In dieser Entscheidung billigt der 5. Senat ausdrücklich, daß das für Bühnenchormitglieder geltende tarifliche Mitteilungspflichtabkommen befristete Arbeitsverhältnisse von mehr als fünfzehn Jahren Dauer vorsieht.

3. Stellungnahme

M. E. ist es entgegen der Ansicht von WIEDEMANN/PALENBERG und von KOCH nicht möglich und nicht sinnvoll, eine generelle Obergrenze der zulässigen Dauer befristeter Arbeitsverhältnisse anzugeben. Eine solche Grenze kann allenfalls für die einzelnen Fallgruppen sachlicher Gründe gefunden werden. Dies zeigen schon

---

1442) Urt. vom 30.11.77, 5 AZR 561/76, unter II 2 b, AP Nr. 44 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag

1443) Auch REUTER, JuS 1978, 428 (429), verallgemeinert dieses Urteil in seiner Urteilsbesprechung und führt aus, letztlich laufe die Entscheidung "auf das Verbot von befristeten Arbeitsverträgen im Falle von Arbeitnehmern mit längerer Betriebsangehörigkeit hinaus".

1444) Urt. vom 30.9.71, 5 AZR 146/71, unter 3., AP Nr. 36 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 3R

die Sachgründe "Probearbeitsverhältnis"[1445] und "Altersgrenze"[1446] als Extrembeispiele: Während bei befristeten Probearbeitsverträgen i. d. R. sechs Monate ausreichen müssen und mehr als zwei Jahre Dauer wohl kaum jemals in Betracht kommen dürften, ist bei vertraglichen oder tariflichen Altersgrenzen eine jahrzehntelange Befristungsdauer völlig normal. Auch die obigen Ausführungen zur zulässigen Dauer im Hochschulbereich[1447] zeigen, wie wichtig hier eine differenzierende Betrachtungsweise ist.

Diese Auffassung harmoniert auch mit der BAG-Rechtsprechung zur Höchstdauer[1448]. Das BAG führt immer wieder aus, die zulässige Dauer sei an den Sachgründen für die Befristung zu orientieren, und dabei hätten generelle Merkmale den Ausgangspunkt zu bilden. Dies verstehe ich dahingehend, daß die zulässige Dauer für jede Sachgrund-Fallgruppe gesondert zu bestimmen ist.

III. Ungelöste Probleme bei der Berechnung der Dauer

Bei der Frage, ob die Befristung eines bestimmten Arbeitnehmers eine - generelle oder für bestimmte Fallgruppen zu statuierende - Höchstdauer oder auch eine tarifliche Höchstdauer überschritten hat, bestehen einige Probleme. Diese Probleme sind noch nicht diskutiert worden, weil solche Höchstgrenzen erst im Begriff sind, sich herauszukristallisieren.

Zunächst stellt sich die Frage, ob auch bei verschiedenen Arbeitgebern zurückgelegte Befristungszeiten zu addieren sind. Diese Frage ist zu verneinen, weil in einem solchen Fall dem

---

1445) Zur zulässigen Dauer bei befristeten Probearbeitsverträgen siehe oben 3. Teil C I 4 a ff

1446) Zu diesem Sachgrund siehe oben 3. Teil C I 2 a

1447) oben 3. Teil C IV c bb β

1448) Siehe oben Fn. 1427 und 1429

späteren Arbeitgeber nicht vorgeworfen werden kann, in Anbetracht der langen Befristungsdauer sei es ihm zuzumuten gewesen, ohne die mit Zeitverträgen verbundenen Erleichterungen bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszukommen.

Keine Addition vorzunehmen ist auch in dem Fall, daß befristete Beschäftigungszeiten bei dem einen Arbeitgeber durch ein Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber unterbrochen sind. Bei einer solchen Rückkehr des Arbeitnehmers besteht kein Anlaß dazu, den Arbeitnehmer anders zu behandeln, als wenn er zu einem dritten Unternehmen gewechselt hätte.

Besonders problematisch ist die Frage, was gelten soll, wenn zwischen Zeitverträgen eine unbefristete Beschäftigung durch den selben Arbeitgeber liegt, oder wenn verketteten Fristverträgen unterschiedliche Sachgründe zugrundeliegen[1449]. Im erstgenannten Fall spricht mehr dafür, die zulässige Höchstdauer neu beginnen zu lassen, da der Arbeitnehmer wohl aus guten Gründen den Schutz eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses, den er bereits genossen hatte, wieder aufgegeben hat. Im zweiten Fall besteht einerseits eine gewisse Umgehungsgefahr durch bloßes Vorschieben angeblich anderer Sachgründe. Andererseits entfällt, wenn es sich nicht um einen lediglich vorgeschobenen anderen Sachgrund handelt, der Zweck der Höchstdauer, den Arbeitgeber bei lang dauernden Beschäftigungen zu unbefristeten Verträgen anzuhalten, denn bei einem anderen Sachgrund war diese anderweitige Einsatzmöglichkeit bei Einstellung des Arbeitnehmers i. d. R. noch nicht abzusehen. Diesem letztgenannten Argument dürfte i. d. R. das größere Gewicht beizumessen sein.

C. Unzulässigkeit zu kurzer Einzelverträge

Das Erfordernis sachlicher Rechtfertigung der Dauer bedeutet nicht nur, daß befristete Arbeitsverhältnisse nicht eine belie-

---

1449) Beispiel: Mit einem bisher wegen Fortbildungszwecks befristeten wissenschaftlichen Mitarbeiter schließt die gleiche Universität nach der Promotion einen Zeitvertrag für ein auf vier Jahre befristetes Forschungsvorhaben ab.

big lange Dauer haben dürfen, sondern auch, daß die Laufzeit von Zeitverträgen unzulässig kurz sein kann. Die vereinbarte Frist darf nicht kürzer als die vom Sachgrund her erforderliche Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses sein[1450]. Eine unnötig kurze Vertragsdauer muß unzulässig sein, weil andernfalls die Rechtsposition des Arbeitnehmers in einem nicht durch den Sachgrund geforderten Ausmaß verschlechtert würde, da jedes an sich nicht erforderliche Auslaufen eines Fristvertrages eine zusätzliche Möglichkeit zur "Entlassung" des Arbeitnehmers aus "unsachlichen" Gründen bietet.

Das BAG hat bisher nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß es auch wegen zu kurzer Vertragslaufzeit an der sachlichen Rechtfertigung der Dauer fehlen kann. Jedoch beziehen sich bei einem Urteil von 1976[1451] die Bedenken des BAG hinsichtlich der Dauer offenbar nicht auf die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses, sondern auf die zu kurze Laufzeit der Einzelverträge[1452].

Demgegenüber hat sich das LAG München[1453] in einem Urteil, das einen teilzeitbeschäftigten wissenschaftlichen Mitarbeiter betrifft, sehr deutlich ausgedrückt: "Jedoch kann die Zulässigkeit ... daran scheitern, daß die jeweilige Befristungsdauer unbegründet kurz war. Eine Kette von zwölf befristeten Arbeitsverträgen innerhalb von knapp fünf Jahren, teilweise nur für jeweils mehrere Monate, ist unverständlich und sachlich unbegründet, wenn von vornherein in etwa absehbar ist, wie lange das Promotionsverfahren dauern wird".

1450) So auch PLANDER/SCHMIDT, AuR 1979, 321 (326), unter V 1 d. Ähnlich KREUTZ, ZfA 1977, 489, der darauf hinweist, daß das Erfordernis sachlicher Rechtfertigung der Dauer unangemessen kurze Stückelungen verhindert.

1451) BAG Urt. vom 16.6.76, 2 AZR 630/74, unter II 4 und 5, AP Nr. 40 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Bl. 2R

1452) Es handelte sich um 6 Fristverträge mit 4 1/2 Jahren Gesamtdauer bei einer Stückelung von 12-11-1-12-12-6 Monaten.

1453) Urt. vom 31.8.1977, 7 Sa 428/77, AuR 1978, 219

Bei befristeten Probearbeitsverträgen kommt eine Kontrolle auf zu kurze Laufzeit nicht in Betracht. Siehe hierzu oben 3. Teil C I 4 a ff α.

D. Verkettung

Unter Kettenverträgen versteht man wiederholte Fristverträge zwischen denselben Parteien[1454].

Wiederholte Verkettung kann für den Arbeitnehmer besonders unangenehm sein, da er im Extremfall bis zum letzten Tag der jeweiligen Laufzeit darüber im Ungewissen bleiben kann, ob das Arbeitsverhältnis endet oder verlängert wird[1455]. Hinzu kommt, daß der Arbeitnehmer nach zahlreichen Verkettungen sich oftmals innerlich und in seinen Dispositionen nicht mehr auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Ablauf des Vertrages einstellt, sondern auf eine erneute Verlängerung vertraut.

Eine Verkettung kann dadurch verursacht sein, daß jeweils beim Abschluß des vorhergehenden Vertrages zukünftige Umstände nicht

---

1454) Zur Definition dieses Begriffes siehe BÖHM, S. 2, m. w. N. BÖHM verlangt, daß die Fristverträge "unmittelbar aneinandergereiht werden". Demgegenüber hat aber das BAG im Urteil vom 28.9.61, 2 AZR 97/61, unter III 2, AP Nr. 21 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, ausgeführt, daß ein Kettenvertrag auch vorliegen kann, wenn zwischen den einzelnen Zeitverträgen Pausen liegen, z. B. Semesterferien.

1455) Ein Extrembeispiel für Kettenverträge aus der jüngsten Vergangenheit ist der einem Urteil des LAG Düsseldorf zugrundeliegende Fall (Urt. vom 21.11.80, 16 Sa 431/80, DB 1981, 589): Bei einem Bauhelfer war eine tageweise angebliche "Aushilfs"-Befristung von Mitte November bis 12.12.1979 vorgenommen worden.

vorhersehbar waren oder falsch eingeschätzt wurden (Beispiel: Ein Forschungsprojekt dauert länger als ursprünglich veranschlagt). In derartigen Fällen ist die Verlängerung i. d. R. zulässig[1456]. Der Arbeitgeber kann die Verkettung aber auch vorgenommen haben, um sich in kurzen Zeitabständen ohne jegliche "Scherereien" von dem Beschäftigten trennen zu können[1457].

Der Begriff des Kettenvertrages hatte früher eine zentrale Bedeutung, denn das Reichsarbeitsgericht hat nur Kettenverträge einer Zulässigkeitskontrolle unterworfen[1458]. Demgegenüber hat sich das BAG von Anfang an auf den Standpunkt gestellt, daß einmalige Befristungen ebenfalls unzulässig sein können[1459].

Eine materiellrechtliche Bedeutung des Begriffs des Kettenvertrages ergibt sich aber noch nach der von einem Teil der Literatur[1460] und neuerdings auch vom BAG[1461] vertretenen An-

---

1456) So auch HUECK, ArbR I, § 5 III 6, S. 537f.

1457) Vgl. NIKISCH, ArbR I, § 47 II 4, S. 673

1458) Siehe hierzu oben Fn. 482

1459) Schon seit dem Urteil vom 21.10.54, 2 AZR 40/53, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Weitere Nachweise in Fn. 483.

1460) ZÖLLNER, ArbR, § 21 I 3 d, S. 178; KR-HILLEBRECHT § 620 BGB Rdnr. 94 (HILLEBRECHT zitiert zu Unrecht für seine Ansicht das BAG-Urteil vom 15.3.66, 2 AZR 211/65, AP Nr. 28 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag: In diesem Urteil hat das BAG lediglich die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses als zu lang angesehen und sich nicht in einer Weise geäußert, die für die von HILLEBRECHT vertretene Auffassung etwas hergibt. Im übrigen betrifft dieses Urteil ohnehin eine Probebefristung, für die m. E. andere Maßstäbe anzulegen sind, siehe sogleich bei Fn. 1463); BLOMEYER, RdA 1967, 406 (410) (auch BLOMEYER zitiert ein BAG-Urteil zu Unrecht, und zwar vom 3.5.62, 2 AZR 451/61, AP Nr. 23 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Dort heißt es unter II. der Gründe lediglich, daß bei Kettenverträgen ein Sachgrund häufig fehlen wird); SÖLLNER, Anm. zu BAG SAE 1966, 255; ISELE, Anm. zu BAG SAE 1966, 111; JOBS/BADER, DB Beilage 21/1981, unter I 2 b, S. 2.

1461) Urt. vom 30.9.81, 7 AZR 602/79, unter 3, AP Nr. 63 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

sicht, daß bei wiederholter Befristung strengere Anforderungen an den Sachgrund zu stellen seien. Hierzu besteht jedoch m. E. keine Veranlassung, wenn man eine sachliche Rechtfertigung der Dauer jedes einzelnen Vertrages verlangt[1462] und dabei auch unnötig kurze Laufzeiten als unzulässig ansieht. Eine Ausnahme gilt hier nur für befristete Probearbeitsverträge, die nicht auf eine zu kurze Laufzeit kontrolliert werden können[1463]. Das BAG[1464] begründet die mit zunehmender Zahl der Befristungen erhöhten Anforderungen damit, daß bei längerer Betriebszugehörigkeit sich der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses festige. Bei dieser Argumentation müßte aber richtigerweise nicht auf die Zahl der Verträge, sondern auf die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses abgestellt werden. Die Gesamtdauer unterliegt aber, wie oben unter B dargelegt, ohnehin - unabhängig von einer Verkettung - der gerichtlichen Kontrolle.

Demnach kommt (mit Ausnahme von Probearbeitsverhältnissen) nur eine prozeßrechtliche "Sonderbehandlung" von Verkettungen in Betracht. Wenn man - wie das BAG in ständiger Rechtsprechung[1465] - dem Arbeitnehmer die Beweislast für das Fehlen eines sachlichen Grundes auferlegt, ist es richtig und erfor-

---

1462) Daß bei Verkettung hinsichtlich jedes einzelnen Vertrages ein Sachgrund vorliegen muß sowohl dafür, daß überhaupt befristet wurde, als auch für die Dauer der Befristung, wird vom BAG vertreten in den Urteilen vom 19.8.81, 7 AZR 252/79, unter II, DB 1982, 123 (124), und vom 30.9.81, 7 AZR 467/79, unter 2 und im Leitsatz 1, AP Nr. 62 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Ebenso JOBS/BADER, Beilage Nr. 21 zu DB 1981, S. 3.

Vgl. auch oben 1. Teil D II zu der Frage, welche Rechtsfolgen das Fehlen eines ausreichenden sachlichen Grundes bei einem früheren Zeitvertrag einer Kette von Befristungen hat.

1463) Siehe hierzu oben 3. Teil C I 4 a ff d

1464) a. a. O. (Fn. 1461)

1465) Siehe hierzu oben Einleitung E II, Fn. 57.

derlich, mehrfache Verkettungen als Anscheinsbeweis für die fehlende Sachgerechtigkeit entweder der Vertragslaufzeiten oder sogar der Befristung überhaupt zu bewerten[1466]. Richtiger wäre es allerdings, wegen der Beweisferne des Arbeitnehmers ohnehin den Arbeitgeber mit der Beweislast für den sachlichen Grund zu belasten. In diesem Fall verliert der Begriff des Kettenvertrages auch unter prozessualem Blickwinkel seine Bedeutung.

E. Regelungen über die zulässige Dauer in Tarifverträgen

Nicht selten statuieren Tarifverträge eine höchstzulässige Dauer[1467]. Ebenso kann eine Mindestdauer festgelegt werden.

1466) Äußerungen in dieser Richtung sind in Rechtsprechung und Literatur häufig. So führt das BAG bereits in einem Urteil vom 26.11.55 (2 AZR 516/54, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG, Bl. 2) aus, es sei "die Häufigkeit der befristeten Vertragsverlängerungen ein gewisses Indiz dafür, daß ein verständig abwägender Arbeitgeber von vornherein keinen befristeten Vertrag geschlossen, sondern einen unbefristeten und kündbaren Vertrag mit dem Kläger vorgezogen hätte". Ähnlich NIKISCH (ArbR I, § 47 II 4, S. 673: Eine ganze Kette von aneinandergereihten Fristverträgen "deutet darauf hin, daß das Ende der Beschäftigung sich auch nicht annähernd hatte abschätzen lassen und daß deshalb der Abschluß eines Arbeitsvertrages auf unbestimmte Zeit der Sachlage entsprochen hätte", wobei aber auch Gründe vorliegen könnten, die die Verkettung rechtfertigen. PALME, BlStSozArbR 1970, 268 (269), unter II, und BlStSozArbR 1977, 56 (57), spricht von einer Vermutung rechtsmißbräuchlicher Gestaltung bei mehrfacher Befristung. Das LAG Düsseldorf gebraucht in dem Urteil vom 4.11.77, 16 Sa 561/77, DB 1978, 1745, den zutreffenden Terminus "eines Anscheinsbeweises dafür, daß ein die letzte Befristung rechtfertigender Grund nicht vorliegt".

1467) Siehe z. B. BAG Urt. vom 25.1.73, 2 AZR 158/72, unter II 2, a. E., AP Nr. 37 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag: 8 Jahre Höchstdauer im MTV der Deutschen Welle.

Sofern ein solcher Tarifvertrag lediglich durch vertragliche Inbezugnahme und nicht kraft Verbandszugehörigkeit der Arbeitsvertragsparteien gilt, stellen die Regelungen über die zulässige Dauer keine normativ wirkende Obergrenze dar. Im Abschluß eines die tarifliche Grenze überschreitenden Zeitvertrages liegt dann, wie das BAG zu Recht entschieden hat[1468], die stillschweigende Abbedingung dieser Höchstgrenze.

Bei Tarifgebundenheit der Parteien führt ein Verstoß des Zeitvertrages gegen den Tarifvertrag zur Rechtswidrigkeit der Befristung.

Zur tarifvertraglichen Höchstdauer bei befristeten Probearbeitsverhältnissen siehe oben 3. Teil C I 4 a ff ß ℰℰ.

1468) Zur SR 2 y BAT: BAG Urt. vom 4.3.80, 6 AZR 323/78, unter 3 a, AP Nr. 53 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (speziell zur Fünfjahresgrenze); offen gelassen im BAG-Urteil vom 31.10.74, 2 AZR 483/73, unter I 3, AP Nr. 39 a. a. O.

Wie das Urteil vom 4.3.80, aber zu einem anderen Tarifvertrag: BAG Urt. vom 25.1.73, 2 AZR 158/72, unter 1, AP Nr. 37 a. a. O.

L E B E N S L A U F Hans-Joachim Keyser

28.2.1951	Geburt in Reutlingen als Sohn des kaufmännischen Angestellten Karl-Heinz Keyser und dessen Ehefrau Margarete Keyser geb. Kallweit. Deutsche Staatsangehörigkeit.
ab April 1957	Volksschule in Reutlingen
ab April 1961	Friedrich-List-Gymnasium in Reutlingen (mathematisch-naturwissenschaftlicher Zug)
19.6.1970	Abitur
ab 12.10.1970	9 Semester Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen
26.5.1975	Erste Juristische Staatsprüfung (wirtschaftsrechtliche Wahlfachgruppe)
ab 1.7.1975	Referendardienst im OLG-Bezirk Stuttgart
ab 15.7.1975	als Nebentätigkeit geprüfte wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Arbeitsrecht der Universität Tübingen (Direktor: Prof. Dr. Wolfgang Zöllner)
20.9.1977 bis 31.8.1982	Vollzeitstelle als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeitsrecht
20.12.1977	Zweite Juristische Staatsprüfung
1.10.1982 bis 30.6.1984	Referent für Arbeitsrecht beim Verband der Druckindustrie in Stuttgart
ab 1.7.1984	Selbständiger Rechtsanwalt in Pfullingen bei Reutlingen